TRAITÉ
DE
LA PERSONNALITÉ,
ET DE
LA RÉALITÉ DES LOIX,
COUTUMES, OU STATUTS.

TRAITÉ
DE
LA PERSONNALITÉ,
ET DE
LA RÉALITÉ DES LOIX,
COUTUMES, OU STATUTS,
PAR FORME D'OBSERVATIONS;

Auquel on a ajouté l'Ouvrage Latin de Rodenburgh, intitulé, *de Jure quod oritur è Statutorum diversitate.*

Par feu Me LOUIS BOULLENOIS, ancien Avocat au Parlement.

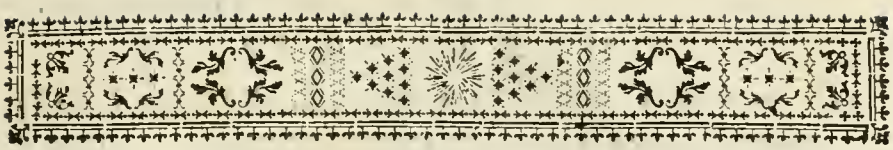
TOME SECOND.

A PARIS,

Chez *GUILLAUME DESPREZ*, Imprimeur du Roi & du Clergé de France, rue Saint-Jacques.

M. DCC. LXVI.

AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.



TABLE

Des Titres, Chapitres & Obſervations contenus au ſecond Volume.

SECONDE PARTIE DU TITRE SECOND.

Du Droit qui naît de la diverſité des Statuts, y ayant changement de domicile.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

TITRE III.

Des conventions par lesquelles on prévient la diversité des Loix, dans le cas où les personnes ne changent pas leur domicile.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

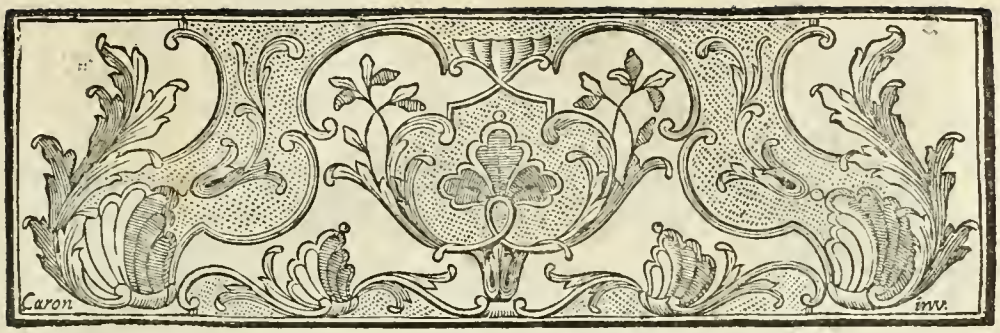
CHAPITRE III.

TITRE IV.

Des conventions faites pour obvier à la diversité des Loix dans le cas du changement de domicile.

Fin de la Table du second Volume.

TRAITÉ



TRAITÉ
DE
LA PERSONNALITÉ
ET
DE LA RÉALITÉ DES LOIX,
COUTUMES, OU STATUTS,
Par forme d'Obſervations.

SECONDE PARTIE
DU TITRE SECOND.
Du Droit qui naît de la diverſité des Statuts, y ayant changement de domicile.

CHAPITRE PREMIER.*
De la diverſité du Droit, quant aux Statuts perſonnels.

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

SOMMAIRE.

I. *Du cas où des conjoints domiciliés dans un lieu où la femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari, vont demeurer dans un lieu où la*

femme n'est pas sous cette puissance, & du cas contraire.

II. *Si le mari peut changer de domicile au préjudice de sa femme.*

III. *Cas où le mari change de domicile, & vient demeurer en Hollande avec sa femme, pour tirer d'elle, par caresse, une donation.*

IV. *Si un homme d'Utrecht, majeur, ayant l'âge de vingt ans accomplis, transporte son domicile en Hollande, où l'on n'est majeur qu'à vingt-cinq ans, deviendra-t-il mineur, & faudra-t-il lui donner de nouveau un curateur?*

V. *Au contraire, si un Hollandois vient demeurer à Utrecht, ayant vingt ans accomplis, deviendra-t-il à l'instant majeur?*

VI. *En quel cas un tuteur peut transférer le domicile de son mineur.*

'Ai divisé le présent Traité en trois classes. Dans la premiere j'ai discuté les Droits que la diversité des Statuts peut exciter dans le cas où les personnes ne changent pas de domicile; mais il arrive fort souvent que les conjoints en changent, & vont demeurer ailleurs; & comme ce changement fait naître des contestations qui sont propres à ce cas particulier, je ne ferai pas mal de leur accorder singuliérement une classe qui sera cette seconde-ci, dans laquelle je me renfermerai à exposer le Droit qui, dans la contrariété des Statuts, peut résulter du cas singulier où l'on a changé de domicile, & je le ferai d'une maniere assez brieve; parce que, si dans une, ou deux questions, la raison de décider est palpable, il sera facile d'appliquer cette décision à toutes les autres questions.

Je suivrai pour cette seconde classe, le même ordre que j'ai observé pour la premiere. J'agiterai d'abord les questions qui regardent les Statuts personnels, & je passerai ensuite aux Statuts réels. Supposons donc un mari qui, par les Loix de son domicile, a sa femme sous son autorité; ce mari va demeurer dans un lieu où les femmes ne sont pas sous la puissance de leur mari, ou, supposé le cas contraire, faudra-t-il dire que la femme exempte de la puissance maritale, y deviendra soumise, & que celle qui y est soumise, en deviendra exempte? Nous

ſommes entraînés pour l'affirmative, par tout ce qu'a dit Burgundus, *dicto tract.* 2, *n.* 7, & c'eſt avec raiſon : car l'état de la perſonne & ſa condition étant régis par les Loix du lieu qu'elle a choiſi pour domicile, il eſt néceſſaire que le domicile changeant, la condition de la perſonne change ; mais comme partout ce que nous venons d'expoſer, il eſt clair que le changement de domicile pourroit être quelquefois en fraude de la femme, quelqu'un demandera peut-être ſi la femme ſera abſolument obligée de ſuivre ſon mari, qui veut ainſi changer de domicile, & voici en peu de mots la réponſe. Il eſt notoire que tous nos Auteurs décident en faveur des maris, bien entendu qu'ils ne ſoient pas errants, & ſans une demeure fixe ; quoiqu'il y ait quelques Docteurs qui, dans ce cas-là même, répondent encore pour les maris. Voyez ce qu'en a dit Groenowegen, *ad art. C. de bon. damn.* & je me ſouviens d'avoir été conſulté dans l'eſpece ſuivante.

Un mari ſe diſpoſoit à aller demeurer à la Campagne, & d'y emmener ſa femme, parce qu'elle lui paroiſſoit rechercher avec trop d'empreſſement la compagnie des hommes, & en uſer avec eux un peu plus familiérement qu'il ne convenoit à une femme ſage. La femme proteſtoit au contraire qu'elle ne quitteroit pas la ville. Je répondis dans cette eſpece, que la femme ſe refuſoit à un devoir indiſpenſable, & pouvoit être contrainte à ſuivre ſon mari. Mais pour nous renfermer dans notre queſtion particuliere, ſi la femme s'oppoſoit au changement de domicile, dans la crainte de quelque fraude de la part de ſon mari, comme ſi un habitant d'Utrecht où les conjoints ne peuvent ſe faire aucun avantage, vouloit emmener ſa femme en Hollande, pour lui ſurprendre, ou extorquer quelque donation, je doute fort qu'on n'écoutât pas les remontrances de la femme.

Les Magiſtrats de notre Ville ont tellement eſtimé que, dans nos mœurs, la femme étoit obligée de ſuivre ſon mari, qu'une femme remariée étant reſtée à la Ville, pendant que ſon mari étoit allé demeurer à la Campagne, & ayant ainſi vécu pendant pluſieurs années avec les enfants de ſon premier lit, à ſes propres dépens, & hors la compagnie de ſon mari, & ſur ce fondement, cette femme ſoutenant n'être pas obligée de payer les quatre mille florins dont elle étoit tenue par ſon contrat de mariage, pour la nourriture & entretien d'elle & de ſes enfants, puiſ-

que son mari n'en avoit pas eu la charge, d'où elle concluoit qu'il n'étoit pas juste qu'elle lui payât une somme qui avoit cette destination précise, cette femme réussit, à la vérité, par rapport à ce qui regardoit la nourriture de ses enfants, dont elle avoit eu la charge; mais en ce qui la regardoit, elle fut condamnée, parce qu'il n'avoit tenu qu'à elle d'aller demeurer avec son mari; en sorte qu'elle devoit se plaindre d'elle-même, & non pas de son mari, dont elle disoit que l'humeur étoit insupportable, sans en donner des preuves suffisantes, outre que depuis qu'elle prétendoit en avoir été maltraitée, elle avoit vécu avec lui pendant quatre années; en sorte que, supposé qu'elle accusât vrai, tout le passé étoit couvert par la réconciliation, & c'étoit à tort qu'elle se plaignoit d'un mari dont elle avoit paru contente jusqu'alors. Mais cette femme ayant demandé sa séparation de corps & de biens, en alléguant encore de nouveaux sévices, & la Cour s'appercevant que ces gens-là n'avoient pas absolument d'antipathie l'un pour l'autre, que leurs querelles n'étoient pas dangereuses, & que toutes leurs disputes ne venoient que d'un procès qui étoit entre eux, au sujet de la plus grande partie de leurs biens, elle ne jugea pas encore à propos de les séparer, ni même d'exiger du mari de donner caution de ne point maltraiter sa femme. Farinac. *de delict. carn. quæst.* 143, *tit.* 16, *n.* 144; Covarruvias *de matr. part.* 2, *cap.* 7, §. 5, *n.* 2 *in fin.* Sanchés *de matrim. lib.* 10, *de divort. disput.* 18, *n.* 33; mais s'étant écoulé trois années entieres depuis la premiere Sentence, de maniere que l'on n'entrevit plus d'espérance de les concilier, ils furent séparés de corps & d'habitation, & la femme fut déchargée du paiement de la somme annuelle qu'elle avoit promise par contrat de mariage, & ce, à compter du jour de la contestation en cause. Ce second Jugement fut rendu au commencement de l'année 1652.

Nous avons puisé dans l'état des conjoints le premier exemple des différents droits que la diversité des Statuts personnels peut occasionner dans le changement de domicile. En voici un second tiré de la condition d'un mineur qui donnera lieu à une question qui ne fera pas moins de plaisir.

A vingt ans on est majeur chez nous, & il en faut vingt-cinq en Hollande. Un habitant de notre Province, majeur de vingt ans, va demeurer en Hollande: retombera-t-il en tutele, lui qui chez nous n'y étoit plus? & deviendra-t-il soumis à l'auto-

rité d'un tuteur, lui qui étoit maître de ses droits? Cela paroît absurde d'abord. Cependant il faut dire que puisque la condition de la personne dépend entiérement de la Loi du domicile, c'est à lui à s'imputer d'aller demeurer dans un lieu où il perd son état de majeur : car il ne paroît pas moins absurde qu'entre tous les habitants d'un lieu, qui sont en tutele jusqu'à un certain âge, il se trouve un homme néanmoins entre tous, qui se prétende maître de sa personne, & en droit de vivre sans être soumis à la Loi. Burgundus, dans l'endroit que je viens de citer, a pensé comme moi, après avoir dit qu'il faut considérer la Loi du domicile, pour décider si le mineur peut contracter.

Il ajoute aussi-tôt conséquemment : » nous disons que si la per-
» sonne change de domicile, elle est affectée de la condition
» prescrite par la Loi du nouveau domicile ; il n'importe que l'on
» dise communément que ce qui est une fois éteint, ne revit
» plus : cela est bon, quand celui qui change d'état, ne donne
» pas lieu lui-même à ce changement ; & celui qui par son fait
» change de domicile, se plaint mal à propos de se trouver de la
» condition dont sont tous ceux qui demeurent dans le même
» lieu ». De ce que nous venons de dire, il s'ensuivra que tout ce que ce nouvel habitant pourra faire, sans l'autorité d'un curateur, sera nul comme étant fait par un mineur.

Voyons un autre cas qui arrive plus communément. Un Hollandois, âgé de vingt ans, mais mineur, n'ayant pas vingt-cinq ans, transfere son domicile à Utrecht, où l'on est majeur à vingt ans, dirons-nous qu'il deviendra majeur, & ne dépendra plus que de lui-même? Consulté sur cette question, j'ai répondu que le mineur n'avoit pas ainsi la liberté de changer de domicile ; que cela ne convenoit qu'à son tuteur, qui pouvant contracter pour son mineur, peut aussi lui faire changer de domicile, lequel changement peut être regardé comme un contrat, ainsi que nous le dirons bientôt plus amplement. C'est pourquoi dans l'espece qui me fut proposée, d'une mere qui étant tutrice, étoit venue demeurer à Utrecht depuis la mort de son mari, & y avoit emmené son jeune fils qui, par la suite, étoit devenu grand, j'ai répondu que l'âge de la majorité devoit se prendre des Loix d'Utrecht, pourvu que dans cette translation de domicile, il n'y eût point de fraude, & qu'un tiers n'en souffrît aucun préjudice, hors lesquels cas

il eſt aſſez difficile de ne pas dire qu'un tuteur, & ſur-tout une mere a le droit de choiſir le lieu où elle veut demeurer, & où elle veut élever ſon jeune fils; & ce fut pour prévenir toute difficulté que les Juriſconſultes Hollandois donnerent avis à cette mere, lorſqu'elle méditoit de ſe retirer à Utrecht, de faire, avant cette démarche, créer un tuteur qui ſtipuleroit d'elle que ce changement de domicile n'en ſeroit pas un par rapport à ſon fils: cependant j'avoue, (ſi néanmoins ce que je vais dire peut contribuer à la déciſion de la queſtion préſente,) que, ſuivant la déciſion contenue dans ce chapitre, il ſera dans le pouvoir d'un tuteur de ſe décharger de la tutele avant le temps, ſi ce n'eſt que dans ce cas on ne jugeât néceſſaire d'examiner s'il n'y a pas de fraude.

OBSERVATION XXXII.

RODENBURGH traite, dans ce Chapitre, de l'effet que le changement de domicile peut faire ſur l'état & la condition de la perſonne, & il borne ſon examen à deux ſortes de Statuts perſonnels; ſavoir, celui qui met la femme ſous la puiſſance du mari, ou qui l'en exempte, & le Statut de la majorité & de la minorité, perſuadé, dit-il, qu'il ſera facile d'en faire l'application à tous les autres.

Le principe de notre Auteur eſt que l'état de la perſonne & ſa condition ſont régis par les Loix de ſon domicile actuel: d'où il conclut, 1°. qu'une femme domiciliée dans une Coutume qui l'aſſujettit à la puiſſance maritale s'en trouve délivrée, ſi ſon mari va demeurer dans une Coutume où les maris n'ont point leurs femmes ſous leur puiſſance; & réciproquement que la femme domiciliée dans une Coutume qui ne reconnoît pas la puiſſance maritale, tombera néanmoins ſous la puiſſance de ſon mari, s'il va demeurer dans une Coutume qui admet cette puiſſance maritale.

2°. Par rapport au Statut de la majorité & à celui de la minorité, il décide pareillement qu'un majeur dans le lieu de ſon domicile peut devenir mineur, & le mineur devenir majeur, s'il change de domicile.

Mais parce que tous ces changements de domicile peuvent avoir la fraude pour principe, il excepte ce cas particulier.

Avant que de commencer l'examen des queſtions propoſées par notre Auteur, j'obſerverai que M. Froland, *ch.* 7, *pag.* 171, de ſes Mémoires ſur les Statuts, agite les mêmes queſtions. Il demande quel peut être l'effet du changement du domicile, par rapport à la nature & aux effets du Statut perſonnel, & il commence par diſtinguer deux ſortes de Statuts perſonnels, ceux qui reglent l'état univerſel de la perſonne, abſtraction faite de toute matiere réelle; & ceux qui reglent l'habilité ou l'inhabilité de la perſonne, pour certaines choſes.

Il emploie, pour exemple de la premiere eſpece de Statuts, 1°. la Loi qui fixe la majorité, & qu'il dit être celle de la naiſſance: 2°. les Statuts qui prononcent l'interdiction & l'éman-

cipation, ceux qui déclarent infames, qui réhabilitent, qui légitiment.

Les exemples qu'il allegue par rapport à la deuxieme eſpece de Satuts, ſont le Statut du Velleien. Les Statuts qui exigent que les maris autoriſent leurs femmes, ſoit pour les actes teſtamentaires, ſoit pour les actes entre-vifs; ceux qui ne permettent pas à la femme de contracter, ni aliéner ſans le conſentement de ſa famille & ſans le décret du Juge.

Quand M. Froland allegue tous ces Statuts dans l'une ou l'autre diviſion, il les allegue comme étant des Statuts perſonnels; & c'eſt par rapport à ces Statuts perſonnels que M. Froland en diſtingue de deux ſortes; ceux qui commencent à fixer l'état univerſel de la perſonne & ſa condition, *abſtractive ab omni materia reali*, & ceux qui fixent l'habilité ou l'inhabilité de la perſonne à faire une certaine choſe.

Par rapport aux premiers Statuts, le principe qu'il nous donne eſt que le changement de domicile n'opere aucun effet, & qu'ayant commencé à fixer l'état & la condition de la perſonne, il conſerve ſa force & ſon autorité, & la ſuit par-tout en quelque endroit qu'elle aille, nonobſtant tout changement de domicile; mais par rapport aux Statuts de la deuxieme eſpece, ceux du domicile qui en décidoient, tombent entiérement, & cedent tout leur empire au Statut dans le territoire duquel la perſonne va demeurer.

Me ſera-t-il permis de dire, nonobſtant le jugement avantageux qu'en a porté M. le P. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 31, que dans ces regles preſcrites par M. Froland, il y a un vrai mêlé avec beaucoup d'obſcurité, & embarraſſé dans des idées ſujettes à des contredits ſans replique?

Premiérement, eſt-il vrai que les Statuts de l'interdiction & de l'émancipation, &c. qu'il allegue pour exemple du premier membre de ſa diſtinction, reglent l'état univerſel de la perſonne, abſtraction faite de toute matiere réelle? L'interdiction n'eſt prononcée que pour ôter à l'interdit tout pouvoir de diſpoſer nommément de ſes biens: l'émancipation n'eſt accordée qu'afin de donner au mineur l'adminiſtration & la jouiſſance nommément de ſes revenus. La majorité elle-même n'a lieu dans les Coutumes que pour mettre une perſonne qui a atteint un certain âge en droit nommément de vendre, d'aliéner & d'échanger ſes immeubles.

Mais

Mais ne nous arrêtons pas à cette premiere circonſtance; attachons-nous à l'eſprit de ces maximes. M. Froland diſtingue deux états perſonnels dans l'homme, celui qui eſt général & univerſel, & celui qui n'eſt que pour quelques actes ſeulement, & cette diſtinction eſt bonne, & même néceſſaire dans la matiere.

Mais qu'entend M. Froland par l'état général & univerſel, & par l'état particulier qui ne renferme qu'une habilité ou inhabilité pour certaines choſes? Ce qu'il dit à cet égard n'eſt pas fort ſatisfaiſant: il nous donne pour exemple de l'état particulier, celui où eſt une femme qui a beſoin de l'autoriſation de ſon mari, tant pour les actes entre-vifs, que pour les actes teſtamentaires: ne peut-on pas raiſonnablement dire que cet état n'eſt pas un état particulier, mais un état univerſel? Car enfin une telle femme eſt dans l'impuiſſance générale; elle eſt liée dans toutes ſes volontés; elle ne peut vouloir & agir en ſanté & à la mort, ſi ſon mari ne l'autoriſe: c'eſt donc un état univerſel; & s'il eſt vrai, comme le dit M. Froland, que le Statut perſonnel univerſel qui a commencé à fixer l'état de la perſonne, ne change pas par le changement de domicile, il faudroit dire qu'une femme mariée dans une Coutume qui l'aſſujettit indéfiniment à la néceſſité de l'autoriſation, devroit toujours être dans cette néceſſité, encore qu'elle allât demeurer dans une Coutume qui l'en affranchiroit: cependant M. Froland place ce Statut parmi les Statuts perſonnels particuliers, qui changent l'état de la perſonne par le changement de domicile.

Si le Statut de l'autoriſation peut être placé parmi les Statuts perſonnels particuliers, il faudra y placer pareillement le Statut qui rend les conjoints communs entre eux; cependant je ne crois pas que l'on puiſſe dire que les conjoints ceſſeront d'être communs, en changeant de domicile.

M. le P. Bouhier trouve la diſtinction de M. Froland judicieuſe, & il a raiſon: il y a des habilités & inhabilités générales, & il y a des habilités & inhabilités particulieres; mais en approuvant la diſtinction purement & ſimplement de l'Auteur, ne doit-on pas craindre d'approuver l'application qu'il en fait?

Je conviendrai volontiers avec M. Froland, & voilà ce qui eſt vrai, que le changement de domicile n'opérera aucun effet par rapport aux Statuts de l'interdiction, de l'émancipation par Lettres du Prince, de la nobleſſe, de l'infamie, &c. Le change-

de domicile est absolument indifférent par rapport à ces Statuts : l'interdit, l'émancipé, l'infame, &c. sont tels par-tout, quelque nouveau domicile qui survienne ; mais est-ce par la raison que ces Statuts ont commencé à fixer l'état universel de la personne ? voilà ce qui est obscur.

En effet, cette raison attaque le principe général avoué de tout le monde, qui est que notre état personnel dépend du domicile actuel ; d'où la conséquence naturelle est que si la personne change de domicile, & que la Loi de ce nouveau domicile soit contraire à l'ancien, il faut que la personne change d'état & de condition. *Tota enim personæ conditio, & status regitur à legibus loci cui ipsa sese per domicilium subjecit.* Lauterb. de domicilio, Thes. 69.

Ainsi nos Auteurs ne considerent pas si le Statut a commencé à fixer l'état & la condition de la personne ; ils ne considerent que le domicile de la personne, & la disposition de la Loi du domicile. Il est vrai que de leur principe ils en ont tiré certaines conséquences que, ni M. Froland, ni moi, nous ne saurions approuver, comme lorsqu'ils prétendent que le majeur changeant de domicile, peut devenir mineur, & le mineur devenir majeur ; mais cela fait toujours connoître combien ils étoient persuadés que le changement de domicile en opéroit dans l'état & condition de la personne.

1°. Le principe de M. Froland paroît être tiré de trop loin ; il ne se fait pas sentir : on ne sait sur quoi il est fondé ; si M. Froland ne le proposoit que comme une remarque, une observation qui se vérifie en beaucoup d'occasions, il n'y auroit rien de mieux ; mais pour le proposer comme principe, capable de détruire & d'anéantir un principe contraire, reconnu de tout le monde, il faut du moins l'accompagner de raisons également reçues, & c'est ce qu'il ne fait pas.

Que répondrons-nous donc sur la question de M. Froland, au sujet de l'effet que peut apporter le changement de domicile sur l'état de la personne ? je réponds à cet égard, qu'il faut distinguer entre les états & conditions des personnes, qui sont des droits fondés sur des raisons publiques, admises dans toutes les Nations, & qui ont une cause absolument étrangere au domicile ; en sorte que le domicile, au jour que l'homme est affecté de ces états & de ces conditions, n'y influant en aucune maniere, le domicile nouveau n'y sauroit influer, mais bien

les raiſons publiques, ſupérieures à celles du domicile, auxquelles toutes les Nations déferent; comme ſont l'interdiction pour démence, ou pour prodigalité, l'émancipation par Lettres du Prince, la naiſſance légitime, la nobleſſe, l'infamie, &c.

Ces états ne changent pas par le changement de domicile: c'eſt pour ces états qu'il eſt vrai de dire, par forme d'obſervation & de remarque, qu'ayant d'abord fixé la condition de la perſonne, le changement de domicile ne les fait pas ceſſer.

2°. Mais il y a des états & des conditions plus ſubordonnées, & qui ſont, à la vérité, des droits publics, mais pour une Nation ſeulement, ou pour quelques Provinces de cette Nation. Tel eſt l'état de commun, ou de non commun entre conjoints; l'état de mari, quant à la puiſſance maritale; l'état d'un pere, quant aux droits réels de la puiſſance paternelle, & ces états ainſi ſubordonnés, ſe varient à l'infini.

En effet, il y en a qui affectent la perſonne, du moins *in vim conventionis tacitæ*. Tel eſt, ſelon le plus grand nombre des Auteurs, le Statut de la communauté, ou de la non communauté entre conjoints.

Il y en a qui affectent la perſonne, *in vim ſolius legis*. Tel eſt le Statut du Sénatuſconſulte Velleien.

De ces Statuts purement légaux, il y en a qui affectent plus, ou moins la perſonne. Par exemple, le Statut qui met la femme ſous la puiſſance de ſon mari, affecte, dans certaines Coutumes, la femme, tant pour les actes entre vifs, que pour les actes teſtamentaires. Dans d'autres, comme Paris, elles ne l'affectent que pour les actes entre vifs. Dans certains endroits le défaut d'autoriſation du mari, annulle l'obligation de la femme. Dans d'autres l'obligation n'eſt pas nulle; mais l'exécution en eſt ſeulement ſuſpendue. Dans certains Pays la femme, en puiſſance de mari, n'a aucune adminiſtration de ſes biens: dans d'autres, cette puiſſance ne s'étend que ſur certains biens que l'on appelle dotaux, & la femme a la libre adminiſtration de ſes autres biens que l'on appelle paraphernaux.

De ces Statuts, il doit par conſéquent y en avoir qui ſont perpétuels & immuables, nonobſtant d'ailleurs tout changement de domicile: d'autres qui changent à meſure que le domicile change, & ce, à raiſon de la Loi qui n'a de force & d'empire que dans ſon territoire; mais il n'eſt pas toujours facile de placer chacun de ces Statuts dans la claſſe qui convient.

Une femme, par exemple, est domiciliée & mariée dans une Coutume où elle ne peut tester sans l'autorisation de son mari. Ce Statut emporte-t-il une convention ? Peut-on présumer que par une convention tacite qui doit être présomptivement acceptée par le mari, elle se soit réservé cette faculté en cas de changement de domicile ?

Une femme est mariée & domiciliée dans une Coutume où elle ne peut valablement s'obliger sans l'autorisation de son mari : peut-on présumer qu'elle ait voulu tellement se soumettre à son mari, que même en changeant de domicile, & allant demeurer en une Coutume où elle peut s'obliger valablement, d'une obligation du moins dont l'exécution est suspendue, & qui ne blesse pas les intérêts du mari, elle ait renoncé à user dans ce cas, de la faculté que toute autre Coutume où son mari la transporteroit, pourroit lui donner ?

On convient qu'il ne faut rien changer dans des conventions permises & autorisées, encore moins dans des conventions matrimoniales : elles sont sacrées, elles suivent par-tout la personne ; mais peut-on aussi présumer dans tous les contrats de mariage des conventions & des soumissions tacites à toutes les dispositions de la Coutume où l'on contracte ? D'Argentré s'est fort récrié contre ce systême ; & Me Ch. du Molin, qui est le premier qui lui ait donné du crédit, ne l'a guères étendu plus loin que le cas de la communauté entre conjoints.

Dans l'occurrence d'un si grand nombre de Statuts qui ont des effets si différents, comment peut-on se tirer d'affaire dans la décision des questions qui peuvent se présenter ? Pour moi je ne vois pas d'autre moyen, 1°. que de suivre les principes généraux qui veulent que la personne soit affectée de l'état & de la condition que lui donne son domicile. 2°. De ne déroger à ces principes généraux, qu'autant que l'esprit de justice & la nécessité de ne pas blesser les droits des Parties, pourroient le demander. C'est pourquoi, quand la Loi du domicile de la naissance annonce un majeur, ce seroit une injustice, qu'en changeant de domicile, il devînt mineur, comme c'en seroit une, que le même domicile de naissance le déclarant mineur, & par conséquent n'ayant pas l'esprit assez mûr pour s'obliger, vendre & aliéner, il fût en état de faire tous ces actes, parce qu'il auroit changé de domicile.

3°. De ne pas blesser ces principes, quand d'ailleurs la Loi

fournit un moyen pour remédier au tort que le changement de domicile pourroit cauſer.

Mais diſcutons tout ceci un peu plus amplement.

Le principe de Rodenburgh eſt que l'état & la condition de la perſonne ſont régis par les Loix du domicile.

Ce principe pris généralement, eſt inconteſtable. C'eſt la Loi du domicile actuel qui décide de l'état & de la condition actuelle de la perſonne; de ſorte que la perſonne changeant de domicile, change auſſi-tôt de condition.

C'eſt ainſi que la femme qui, dans le lieu de ſon domicile, avoit beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour teſter, n'aura plus beſoin de cette autoriſation, ſi ſon mari va demeurer dans une Coutume où l'autoriſation ne ſera pas néceſſaire.

La femme domiciliée en Normandie, qui ne pouvoit même, avec l'autoriſation de ſon mari, s'obliger pour autrui, à cauſe du Sénatuſconſulte Velleien qui eſt un Statut perſonnel, le pourra par la ſuite, ſi ſon mari vient demeurer à Paris; mais à cet égard, avec ſon autoriſation : de maniere que les obligations paſſées par la femme, lorſqu'elle étoit domiciliée en Normandie, ſeront nulles, pendant que celles que cette même femme aura paſſées, lorſqu'elle étoit domiciliée à Paris, ſeront valables, & elles ſeront telles dans quelque Coutume que la femme aille demeurer, depuis les avoir contractées; parce que c'eſt le domicile, au moment de chacune de ces obligations, qui décide de la validité, ou de la nullité, puiſque c'eſt le domicile qui a lieu dans le moment de chaque obligation, qui décide de l'état & de la condition de la perſonne.

Chopin, *de moribus Pariſ.* liv. 2, tit. 1, *de ſocietate, ac communione bonor.* agite préciſément notre queſtion. Il cite deux Arrêts des années 1521 & 1548, qui ont jugé en faveur du domicile actuel, quoique l'obligation eût été paſſée par une femme domiciliée ailleurs, & dans une Coutume différente de celle du domicile actuel. *Ponamus Lutetiæ pactas nuptias ubi & contractum æs alienum ab conjuge utroque conſignatis litteris obligato; poſtmodum ambo domeſticas ſedes aliò transferunt, laremque familiarem : iſtic decennio integro commorantur, maritique tandem obitu conjugium dirimitur; cùm autem novi lege domicilii mulier quæ bonis abſtineat communibus, obligatione ſolvatur in perſonam cum viro conceptâ (ut Novioduni ad Ligerim) hæſitatum eſt obligata necne debito anteriori maneret vidua,*

quod Lutetiæ cum marito simul conflavisset : primâ quidem fronte videbatur inutiliter mutari domicilium tertii dispendio creditoris cui jus semel partum obligatoriis tabulis foret ; nihilo tamen seciùs pro muliere quæ communia bona repudiarat, judiciis definitum fuit supremæ Paristorum curiæ, Kalend. Febr. an. 1521, *& 4°. id. Juniarum an.* 1548. *Religiose profecto ; nam conjugum utique inter ipsos connubialia pacta, novato domicilio nequaquam novantur, immutantur. L. exigere dotem, ff. de judic. Verum alterius si rationes spectes magis erit mobilia jura, nomina, & cautiones debitorum traductis aliò domesticis laribus, tradaci quoque in legem novi domicilii, eâque lege administrari, muliebrem præsertim obligationem, quæ maritali duntaxat accesserit alieno, etiam mariti jussu contracta : subde quod animi existimatione ipsâ, delectuque sortimur domicilium, Ulpiani opinione in L. assumptio. L.* 27, *D. ad municip. L. cives de incol. lib.* 10, *Cod. Cùm igitur uxorium jus in communes fortunas, earumque onera proprie incohetur viri decessu qui rerum interim dominus prædicatur, intuendum potius domicilium, quod extet tempore soluti, quam initi matrimonii : nimirum ut tempore ex eo de communibus bonis, debitisque conjugum liberius utrinque decidatur.*

M. le Brun de la communauté, *liv.* 2, *ch.* 3, *sect.* 1, *n.* 51, en parlant des deux Arrêts présentement cités par Chopin, & de l'avis de cet Auteur, le contredit par différentes raisons.

On ne suivroit pas aujourd'hui ces deux Arrêts, dit-il, supposé qu'ils aient ainsi jugé: car le domicile dépend plus du mariage que de la mort, pour ce qui concerne les obligations de la femme; autre chose est pour ce qui dépend des successions, comme le gain des meubles établi au profit du survivant noble qui dépend du dernier domicile; & si une femme étant mariée & domiciliée à Paris, où elle s'est obligée avec son mari envers plusieurs créanciers, va demeurer & mourir en Normandie, ses obligations ne laisseront pas de devoir être exécutées, quoique le Velleien s'observe en Normandie, parce qu'encore qu'il ne soit pas dit dans son contrat de mariage qu'elle pourra s'obliger, c'est le droit du lieu où elle a été mariée, auquel elle étoit sujette lors des obligations. Or c'est une maxime que le changement de domicile du débiteur ne doit pas changer, ni altérer le droit du créancier. Il est certain même que la validité de l'obligation de la femme, ne dé-

pend, ni de la Coutume qu'elle avoit lors de ſon mariage, ni de celle ſous laquelle elle eſt décédée, mais de la Coutume ſous laquelle elle avoit un domicile fixe & certain lors de l'obligation ; & cette propoſition étant conſtante à l'égard du mari, il eſt indiſpenſable de l'appliquer à la femme qui fixe le véritable domicile du mari. *Maritus ubi uxor.* Que ſi on ſuppoſe une fois la femme valablement obligée, ſon changement de domicile ne peut plus nuire au créancier. Enfin, pour mettre la choſe en regle, il faut dire que la communauté, le douaire & les autres droits du mariage, ſe reglent par la Coutume du domicile, lors du mariage; les obligations par celles du domicile, lors des obligations, & les ſucceſſions des conjoints, & les prérogatives du ſurvivant, par celle du dernier domicile. Voyez M. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 143., où il rapporte un Arrêt du Parlement de Bourgogne, conforme à ce dernier avis.

J'obſerverai, à l'égard des deux Arrêts cités par Chopin, qu'ils ſont rendus dans l'eſpece d'une femme mariée & domiciliée à Paris, & qui s'y étoit obligée avec ſon mari, & qui depuis étoit allée demeurer à Nevers, Coutume où la femme, en renonçant à la communauté, ſe décharge des obligations qu'elle a contractées avec ſon mari ; & c'eſt dans cette eſpece que le Brun, en raiſonnant ſur les Arrêts de Chopin, dit que le domicile dépend plus du mariage que de la mort ; c'eſt-à-dire, que dans les eſpeces propoſées, le domicile du mariage, qui étoit celui des obligations, étoit préférable à celui de la mort, qui étoit celui où la femme étoit décédée : car il n'y a pas lieu de croire que le Brun ait voulu que ce fût la Loi du domicile du mariage, comme domicile du mariage, qui décidât de la validité d'une obligation contractée par une femme, avec des tiers. Ce principe ne ſe vérifieroit pas dans l'eſpece d'une femme mariée & domiciliée en Normandie, qui ne peut pas s'obliger pour autrui, & qui en changeant de domicile, le peut, ſelon tous nos Auteurs, ſi le nouveau domicile le permet.

Ainſi le domicile du mariage eſt, à la vérité, immuable quant aux conventions matrimoniales ; mais il ne l'eſt pas toujours, quant à la faculté de s'obliger, & quand il eſt queſtion de l'intérêt d'un tiers.

Quant à la diſpoſition de la Coutume du Nivernois, il me ſemble qu'elle ne doit regarder que les femmes mariées, & en communauté de biens, ſuivant ladite Coutume. C'eſt elle ſeule

qui eſt affectée du mode porté par la Coutume de Nevers, qui veut qu'étant veuves, elles ne ſoient, en aucuns cas, tenues des dettes de la communauté, en y renonçant.

Ainſi cette diſpoſition ne ſauroit concerner toute autre femme qui aura été mariée ailleurs, vînt-elle avec ſon mari demeurer à Nevers, & y contracter; parce que cette femme s'eſt ſoumiſe à une communauté qui eſt régie par d'autres Loix que celles du domicile nouveau, & que le droit d'être déchargée des dettes, en renonçant à la communauté, n'eſt pour elle, ni de convention expreſſe, ni de convention tacite; ce n'eſt pas pour elle un privilege qui ſoit attaché à la ſorte de ſociété & communauté qu'elle contracte; c'eſt pour la femme ſeule de Nevers: elle eſt commune ſous ce mode & ſous cette condition qui paſſe en convention, & qui ne ſauroit profiter qu'aux veuves qui ſe ſont miſes en communauté ſous ce mode & ſous cette condition, & ces réflexions militent abſolument contre la diſpoſition des deux Arrêts cités par Chopin.

Au ſurplus, voici ce que je penſe ſur la Coutume de Nevers, & la raiſon que je puis donner de ſa diſpoſition; je regarde cette Coutume comme étant entée ſur le Sénatuſconſulte Velleien, & comme l'adoptant dans le cas de la renonciation par la femme à la communauté.

Quand la femme accepte la communauté, & qu'elle s'eſt obligée avec ſon mari, elle eſt préſumée s'être obligée *in rem ſuam*; mais quand elle y renonce, elle eſt regardée comme caution de ſon mari, & comme telle, la Coutume la décharge, comme le Sénatuſconſulte Velleien en décharge les femmes qui ont cautionné leurs maris.

Ainſi j'eſtime ſur cette queſtion, que hors le cas de la femme mariée à Nevers, ou Coutumes ſemblables, il faût ſuivre le domicile de la femme au jour des obligations, & non celui du mariage, ni celui de la mort, quand ils ne ſont pas ceux au jour des obligations.

Nous avons dit ci-devant que la femme qui, dans le lieu de ſon domicile, avoit beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour s'obliger, n'en aura plus beſoin, ſi ſon mari va demeurer dans une Coutume où l'autoriſation ne ſera pas néceſſaire; mais il y a là-deſſus une obſervation conſidérable à faire, qui eſt qu'encore que la femme mariée à Paris, puiſſe valablement s'obliger ſans autoriſation, ſi lors de l'obligation elle ſe trouvoit domi-

ciliée

ciliée en des endroits du Pays de Droit écrit, ou encore dans des endroits qui n'exigeroient pas d'autoriſation; néanmoins ces engagements ne pourroient pas préjudicier aux droits du mari, en cas qu'il y eût communauté de biens entre eux, parce que le changement de domicile ne fait pas ceſſer la qualité de commun; mais attendu que ces obligations ſont valables en elles-mêmes, les créanciers pourroient ſe venger ſur les biens de cette femme, arrivant la diſſolution de la communauté.

A la différence de celle qui, mariée en Pays de Droit écrit, étant venue demeurer à Paris, contracteroit quelque engagement perſonnel, ſans l'autoriſation de ſon mari; cet engagement ſeroit nul de droit, & ne vaudroit pas même après la mort du mari. Auſſi notre Auteur, qui obſerve que dans la Province d'Utrecht, la femme a beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour contracter, remarque que la femme qui s'obligeroit ſans cette autoriſation, ne laiſſeroit pas de contracter une obligation valable qui ne pourroit pas, à la vérité, s'exécuter du vivant du mari, & à ſon préjudice, mais bien après ſon décès ſeulement, *tit.* 4, *cap.* 10, *n.* 8 de la ſeconde Partie du Traité *de Jure conjugum.*

Cette queſtion a diviſé autrefois nos meilleurs Auteurs; Brodeau ſur Louet, *Lett. H, ſomm.* 14, en fait l'obſervation. « C'étoit, dit-il, une grande difficulté qui, auparavant la rédaction de la Coutume de Paris, avoit été promenée par le Palais, l'eſpace de cinquante ans & plus, ſans aucune réſolution » certaine. Meſſieurs Chartier & de Laporte étoient pour la » validité de l'obligation en elle-même, dont l'effet néanmoins » étoit en ſuſpens pendant le mariage. Du Molin & autres » étoient pour la nullité abſolue; l'acte, ſelon ces derniers, » étoit nul dans ſon principe, & ne pouvoit produire aucun » effet, en quelque temps que ce fût.

La difficulté provenoit du différent motif que l'on a donné à la Loi qui a prononcé contre la femme une défenſe de s'obliger & d'aliéner ſans l'autoriſation de ſon mari.

Les uns prétendoient que cette défenſe étoit *propter intereſſe mariti;* &, dans cette vue, ils eſtimoient que l'acte de la femme n'étoit pas nul en lui-même; mais comme il ne pouvoit pas préjudicier au mari, ils en ſuſpendoient l'exécution juſqu'après la diſſolution du mariage.

Les autres eſtimoient que c'étoit *propter fragilitatem ſexûs,*

& ceux-là ne pouvoient s'empêcher de convenir de la nullité de l'acte, la fragilité & le peu de capacité du sexe étant une raison personnelle d'impuissance en la femme; mais cette raison ne paroît pas être véritable: car elle influeroit sur toutes les personnes du sexe en général, à qui il ne seroit pas permis de s'obliger, & cependant, parmi nous, elle n'a lieu que contre les femmes mariées.

Enfin, les autres estimoient que c'étoit, *propter subjectionem mulieris erga virum;* cette raison me paroît être décisive, & elle devoit opérer la nullité de l'acte fait par la femme, sans l'autorisation du mari.

Ce dernier avis a prévalu. Il a passé que l'obligation de la femme en puissance de mari, contractée sans autorisation, est radicalement nulle, & ne sauroit s'exécuter contre la femme, en quelque temps que ce soit, & l'on ne pourroit dire le contraire, qu'en supposant l'obligation valable en elle-même; ce qui ne peut être, n'y ayant point de vice plus radical que l'impuissance & l'inhabilité de l'état de celui qui la passe.

Je ne puis me dispenser de faire ici mention de la savante Dissertation de M. le P. Bouhier, en sa Coutume de Bourgogne, *ch.* 19, *n.* 46, où il allegue une toute autre raison de la nécessité de l'autorisation des femmes par leurs maris, qu'il dit avoir été touchée par Coquille; mais d'une maniere incertaine & douteuse; c'est que la bienséance ne permet pas que les femmes aient aucun commerce, ni communication avec aucun homme, à l'insu de leurs maris; & de cette raison il tire ces conséquences, qu'à la vérité, l'engagement contracté par une femme, sans son mari, est entiérement nul; mais que le seul consentement de son mari & sa présence suffisent, & que son autorisation n'est pas nécessaire. Cependant nos Auteurs, sur la Coutume de Paris, observent que l'autorisation & le simple consentement sont choses fort différentes, & ils s'appuient sur ce que notre Coutume, en l'*article* 223, où il s'agit de ventes, d'aliénations & autres contrats semblables, exige l'autorisation du mari; & que dans l'*article* 224, où il s'agit d'ester en Jugement, il suffit à la femme d'avoir le simple consentement: néanmoins par l'*art.* 234 de cette même Coutume, il est dit que la femme ne peut s'obliger sans le consentement de son mari; mais cela a été interprété d'un consentement portant autorisation, & il est de nos maximes, que

hors le cas d'eſter en Jugement, la femme, pour tous actes, a beſoin d'une autoriſation expreſſe. Voyez *l'Obſerv.* 23.

Mais ce principe que nous venons d'expliquer, qui eſt que la condition & l'état de la perſonne ſont régis ſucceſſivement par les Loix des différents domiciles, ce qui eſt vrai dans la Theſe générale, n'a pas d'application, 1°. quand l'état & la condition d'une perſonne dépendent d'une cauſe fondée en droit public, & admiſe dans toutes les Nations, comme nous l'avons dit ci-devant.

Par exemple, un prodigue jugé prodigue dans le lieu de ſon domicile, & comme tel interdit, ne ceſſera pas en changeant de domicile, d'être interdit dans ſon nouveau domicile, parce que cet état d'interdiction eſt indépendant de tout domicile, étant fondé ſur un dérangement d'eſprit, qui chez toutes les Nations, & de Droit commun, eſt regardé comme nuiſant à la volonté. Un homme jugé infame dans un lieu l'eſt par-tout, nonobſtant qu'il quitte le lieu où il a été déclaré infame, parce que cet état provient d'un châtiment public qui le ſuit par-tout, ſans égard au domicile.

2°. Je n'eſtime pas que le principe général de notre Auteur ait lieu dans le cas de la majorité ou de la minorité; de maniere que ſi celui qui par la Loi de ſon domicile, eſt majeur à vingt ans, va demeurer dans une Coutume où il en faut vingt-cinq, il devienne auſſi-tôt mineur de majeur qu'il étoit. Je ſais bien que nos Auteurs penſent communément ainſi, & Lauterback qui a fait une Diſſertation *de domicilio, diſput.* 70, *n.* 69, eſt de leur avis. *Hinc ſi quis* 21 *annis major ex foro Saxonico tranſtuliſſet domicilium in forum Wirtembergicum, quamvis ibi major fuerit, (in foro etiam Saxonico majores dicuntur qui vigeſimum primum ætatis annum impleverunt) & omnium majorum jura habuerit, hic tamen eſſet minor, & juribus minorum uti teneretur, ita ut ſine curatoris conſenſu ſeſe contrahendo obligare non poſſet: in hoc enim foro Wirtembergico, ſecundùm juris civilis diſpoſitionem, majores demum dicuntur, poſt completum vigeſimum quintum ætatis annum.* Vid. Nic. Burg. ad conſuetud. Fland. tract. 2, n. 5, & ſeq. Rodemb. tract. de jur. conjug. tit. 2, part. ch. 1, n. 1 & 5, *qui in* ſeq. cap. *explicat pluribus quæ per domicilii mutationem ulterius mutentur, vel in priori ſuo ſtatu durent. Cæterum ſi ille qui* 21, *ſed nondum* 25 *ætatis annum implevit, in utroque & in foro Saxonico, & in foro Wir-*

tembergico haberet domicilium, haberet in Saxonico ut major, in Wirtembergico ut minor contraheret. In tertio vero loco tutissimum esset si curatorem adhiberet. Vid. tamen Burg. D. tr. 2, n. 8 & seq.

J'ai estimé avec Messieurs Froland & Maillard le contraire en mes questions mixtes, *Dissert.* 2, par la raison que l'homme en naissant appartient à la Loi du lieu de sa naissance à raison de son impuissance entiere & naturelle; il est sous sa protection, & la Loi conserve sur lui un droit jusqu'à ce qu'il soit en état de disposer de sa personne, outre les inconvénients qui résultent de l'avis contraire, & que j'ai fait sentir dans cette Dissertation.

Mais voici une difficulté considérable que fait naître le changement de domicile. Je suppose une femme domiciliée & mariée dans le Pays de Droit écrit, avec un homme qui y est pareillement domicilié; elle a des paraphernaux dont elle a droit & capacité de jouir indépendamment de son mari, & sans que son mari puisse s'immiscer dans cette administration en aucune maniere, sans le consentement de sa femme, *L. 6, C. de revoc. donat. & L.* 8, *C. de pact. convent.* Son mari vient demeurer à Paris: tombe-t-elle sous sa puissance, de maniere que dès ce moment elle perde l'administration de ses paraphernaux?

Il n'y a pas de difficulté d'abord que cette femme tombe sous la puissance maritale, parce que la Coutume de Paris, qui est son domicile actuel, met la femme sous la puissance de son mari; c'est un état personnel dont elle est affectée.

Mais je dis en même-temps, que quoique cette femme tombe sous la puissance de son mari, elle ne perdra pas pour cela l'administration de ses paraphernaux, parce que cette administration lui est donnée par son contrat de mariage, appuyé de la Loi du domicile matrimonial, & que le mari, par un changement de domicile, ne peut pas faire perdre à sa femme un droit fondé sur deux titres aussi authentiques.

Il est vrai, que pour cette administration, la femme aura dès-lors besoin de l'autorisation de son mari, parce qu'elle est sous sa puissance; mais c'est dans ce cas particulier que le mari ne peut refuser une autorisation générale à sa femme, pour administrer & recevoir sur ses quittances les revenus de ses biens paraphernaux, & que s'il la refuse, la femme est en droit de se

faire autoriſer en Juſtice, parce que le refus du mari eſt injuſte, & c'eſt le cas d'employer la note de Me Ch. du Molin, ſur *l'art.* 214 de la Coutume de Melun, y ayant en ce cas juſte cauſe d'autoriſation.

Par ce tempérament, je donne d'un côté à la Loi du domicile nouveau tout ce qu'elle peut demander, puiſque la femme eſt obligée de ſe faire autoriſer, ou de gré par ſon mari, ou en juſtice à ſon refus, & de l'autre je ne change rien aux droits acquis à la femme par la Loi matrimoniale, puiſqu'elle continuera l'adminiſtration de ſes biens.

Delà il ſuit que ſi la femme avoit reçu depuis ſon changement de domicile, quelques revenus de ſes paraphernaux, ſans l'autoriſation de ſon mari, ou ſans s'être fait autoriſer en Juſtice, le mari ne ſeroit pas en droit de faire condamner le débiteur à payer deux fois: il n'avoit rien dans ces revenus; il eſt vrai que le changement de domicile met la femme ſous l'autorité de ſon mari; mais ce changement ne donne aucun droit au mari ſur les paraphernaux de ſa femme, ainſi la femme a reçu le ſien. Mais pour conſerver la regle, le Juge ordonneroit, ſans doute en mettant hors de Cour, ſur la demande du mari, qu'il ſera tenu dans un certain temps d'autoriſer ſa femme, ſinon, & le dit temps paſſé, qu'elle demeurera autoriſée à ſon refus.

Il ſuit encore que ſi le mari avoit reçu quelques revenus des biens paraphernaux de ſa femme, il ſeroit tenu de les lui reſtituer, & que la femme pourroit le faire condamner, parce que le changement de domicile n'a pu apporter aucun changement dans les droits acquis à la femme en vertu d'une convention permiſe, expreſſe, ou tacite.

Que ſi en changeant l'eſpece, une femme mariée & domiciliée à Paris, avec un homme qui y étoit domicilié auſſi, alloit avec ſon mari en Pays de Droit écrit; dans cette eſpece le changement de domicile ne changeroit pas l'état de la femme par rapport à ſes revenus: car ou elle étoit non commune avec faculté d'adminiſtrer, & elle continueroit d'adminiſtrer comme auparavant, ou ſi elle étoit commune, elle n'en ſeroit pas plus maîtreſſe de ſes revenus, parce que le Droit de communauté qui eſt légal & conventionnel, d'une convention du moins tacite, la ſuit par-tout, & que les conjoints ne ſauroient rien changer dans les conventions qui les reglent.

C'eſt pourquoi notre Auteur décide que le changement de

domicile depuis le mariage, ne peut opérer aucun changement dans l'état de commun ou de non commun, à cauſe de la convention expreſſe ou tacite, qui ne ſauroit être altérée, ni anéantie par un ſimple changement de domicile; autrement le Droit des conjoints ſeroit trop vacillant & trop incertain, & entiérement dans le pouvoir du mari qui eſt toujours le maître de changer de domicile, & ce ſeroit ouvrir une voie au dol, à la fraude, ou aux avantages indirects; en ſorte qu'il eſt plus de la regle & de la Juſtice, de s'en tenir à la Loi du domicile matrimonial.

Ce que nous venons de dire du changement de domicile, en ce qui concerne la ſimple adminiſtration des biens de la femme, donne lieu à une queſtion plus importante, & qui regarde la propriété des biens?

Que dirons-nous ſi la femme mariée & domiciliée en Pays de Droit écrit, ayant des paraphernaux qu'elle peut aliéner, ſans l'autoriſation de ſon mari, va demeurer en Coutumes où la femme eſt ſous une dépendance entiere de ſon mari, & où elle a beſoin de ſon autoriſation pour aliéner ſes biens.

M. Froland propoſe, *ch.* 4, nommément cette queſtion; mais les grandes difficultés qu'il entrevoit, lui font dire qu'il ne ſait à quel autel adreſſer ſes vœux pour en parler juſte; il ſe livre néanmoins au combat, après avoir imploré *l'aſſiſtance des Muſes.*

Il diſtribue d'abord ſon examen ſous trois objets. Eſt-ce la Coutume du domicile actuel, au moment de la diſpoſition, qu'il faut ſuivre? Eſt-ce la Coutume de la ſituation des biens? Eſt-ce celle du lieu où le contrat de mariage a été paſſé?

Il propoſe à ce ſujet tout ce qui peut rendre aſſurément des queſtions difficiles, abſtraites & preſque ſans réſolution. Enfin il déclare que l'opinion de ceux qui ſe déterminent en faveur de la Loi où le contrat de mariage a été paſſé, paroît la plus ſoutenable, quoiqu'elle ait pourtant ſes difficultés.

M. Froland ſe déterminant pour la Loi du contrat de mariage, par préférence à la Loi de la ſituation & à celle du domicile, au jour que la femme a diſpoſé de ſes biens, il faut néceſſairement qu'il préſuppoſe une convention, ſoit expreſſe, ſoit tacite, de la part des conjoints, portant que la femme reſteroit maîtreſſe d'aliéner ſes paraphernaux, conformément à la Loi du lieu où le contrat de mariage eſt célébré; mais ce

ſyſtême de convention tacite n'eſt pas admiſſible dans tous les cas, comme je l'ai fait voir ci-devant.

Examinons donc cette queſtion : elle eſt effectivement difficile ; c'eſt, ſi l'on veut, un vrai labyrinthe ; mais en ne quittant pas le fil, nous ne ſaurions nous égarer.

Nous avons fait voir ci-devant que la femme domiciliée dans une Coutume qui l'aſſujettit, ou qui l'exempte de l'autorité de ſon mari, porte cet état de dépendance, ou d'indépendance dans toutes les Coutumes où elle peut avoir des biens, parce que cet état eſt perſonnel.

Delà il me paroît néceſſaire de conclure, que ſi la femme change de domicile, elle peut pareillement changer d'état & de condition, devenir dépendante, d'indépendante qu'elle étoit, *& vice verſâ*, & par conſéquent qu'elle pourra, ou ne pourra pas diſpoſer de ſes paraphernaux, ſelon l'état que lui donnera ſon domicile actuel.

Je parle dans la Theſe générale, & en n'enviſageant la queſtion que par les grands principes ; mais ſi d'autres conſidérations s'y trouvent mêlées, la déciſion peut être différente, ſelon que ces conſidérations ſont plus, ou moins ſupérieures.

Par exemple, c'eſt une femme qui eſt mariée à Paris, & qui eſt en communauté avec ſon mari : elle a des biens à Aix, ou à Toulouſe ; ſon mari va demeurer dans l'un de ces Parlements, pourra-t-elle vendre ſes biens d'Aix, ou de Toulouſe, ſans l'autorité, ou le conſentement de ſon mari ?

Dans cette eſpece je réponds qu'elle ne le pourra pas, parce que la femme eſt mariée à Paris ; que dans le Pays Coutumier tous les biens de la femme en communauté, ſont biens dotaux ; qu'elle eſt préſumée les lui apporter comme tels, & que ces biens, comme dotaux, ſont encore moins aliénables à Aix & à Toulouſe, que dans les Pays Coutumiers, & que dans ces Provinces, ainſi qu'à Paris, le mari a de droit l'adminiſtration des biens dotaux pendant le mariage ; en ſorte que le changement de domicile ne ſauroit faire ceſſer le droit du mari, & cette premiere eſpece n'eſt pas difficile.

Mais ſi la femme mariée à Paris, étoit non commune en biens, & ayant l'adminiſtration d'iceux, & qu'elle & ſon mari vinſſent demeurer à Aix, ou à Toulouſe, je dis, dans cette eſpece, que ſtrictement parlant, elle pourra vendre ſes biens ſans autoriſation, fuſſent-ils ſitués à Paris, parce qu'elle n'eſt

plus ſous l'autorité de ſon mari qui n'eſt aucunement intéreſſé à cette vente, & je dis que la vente ne pourra être attaquée en aucune maniere, ſi le prix en a été employé.

Mais ſi le prix du fonds vendu n'avoit pas été employé, je doute fort que l'on goutât cette déciſion dans le Pays Coutumier, ſi la conteſtation y étoit portée, parce que, dans le Pays Coutumier, le mari, quoique ſéparé de biens, ou non commun, doit à la femme le remploi de ſes biens vendus pendant le mariage.

Cependant à raiſonner par ſuite de principes, il faudroit dire que le mari, dans ce cas, ne ſeroit nullement tenu du remploi, quand même les conjoints reviendroient demeurer à Paris, puiſque cette vente a été faite à ſon inſu, & qu'il n'a pas pu l'empêcher; le tout *ſalvâ fraude.*

Auſſi dans le Pays Coutumier, le mari n'eſt reſponſable du prix des biens immeubles de ſa femme, vendus, que parce qu'il l'autoriſe, & que parce que par l'autoriſation qu'il donne, il s'aſſujettit à veiller au remploi.

Mais ſi le mari n'autoriſoit pas ſa femme, & qu'elle fût autoriſée en Juſtice, ſans être aſſujettie au remploi, il me paroît que le mari ne pourroit plus, raiſonnablement, être reſponſable des deniers. C'eſt le fait du Juge & non du mari.

Quand donc il n'y a rien du fait du mari, comme dans l'eſpece d'une femme qui vend, ſans conſulter ſon mari, & qui n'a beſoin, ni de ſon conſentement, ni de ſon autoriſation, & lorſqu'on ne ſauroit imputer aucune fraude au mari, je ne puis concevoir ſur quel fondement on aſſujettiroit le mari au remploi.

Faiſons une autre eſpece, & enviſageons la femme mariée dans un Parlement où elle a la libre diſpoſition de ſes paraphernaux. Il ſemble que cette libre diſpoſition faſſe partie de ſes conventions matrimoniales; que ſans ſon fait, & par un changement de domicile qui eſt du fait de ſon mari, elle ne ſauroit perdre un pouvoir que la Loi lui donnoit; mais remarquez que par la perte que fait la femme de ce pouvoir, le mari n'en devient pas plus riche; qu'à l'égard des fruits de ſes paraphernaux, ils ne ſauroient jamais appartenir au mari en quelque endroit qu'il établiſſe ſon domicile, fût-ce en Pays coutumier, & que la femme, comme je viens de l'obſerver, peut ſe faire autoriſer pour toucher malgré ſon mari; & quant au droit de vendre

ſes

ſes paraphernaux, ſans autoriſation, il eſt vrai qu'elle le perd, puiſqu'elle tombe ſous ſa dépendance, & que ſon état eſt néceſſairement changé; mais cette dépendance ne ſauroit lui être fort à charge, puiſque ſi la femme a juſte cauſe pour vendre, & que ſon mari refuſe de l'autoriſer, elle obtiendra cette autoriſation du Juge, en connoiſſance de cauſe. Quoi qu'il en ſoit, on ne doit point facilement s'écarter des regles générales; & tout ce que l'on peut faire, c'eſt de les faire fléchir ſous certaines circonſtances, pour d'un côté ne pas enfreindre ouvertement la Loi, & de l'autre ne pas tomber dans une injuſtice évidente.

J'ai propoſé ce ſyſtême dans mes Démiſſions, *quæſt. 6, pag.* 136, & en mes Diſſertations, *quæſt.* 19, & c'eſt à ce ſujet que M. Froland, *pag.* 1143 de ſes Mémoires ſur les Statuts, a dit que ce ſyſtême paroiſſoit aſſez bien imaginé; mais qu'il connoiſſoit bien des perſonnes qui ne s'en accommoderoient pas, & qu'il eſt bon de ſe former, autant qu'il eſt poſſible, des principes plus généraux, & de ne pas s'aſſujettir à ces diſtinctions très-fréquentes qui ne ſervent ſouvent qu'à jetter l'eſprit dans l'erreur, & à ſuſciter des procès par la difficulté qu'il y a de connoître, ſi l'on eſt dans le cas de la diſtinction, ou ſi l'on n'y eſt pas.

Il eſt ſurprenant d'entendre ici parler M. Froland, lui qui dans ſes différents Ouvrages, prétend, en tant d'endroits, que des principes généraux ne peuvent ſervir à décider un grand nombre de queſtions qu'il agite, & qui emploie ſi ſouvent des diviſions & des *ſubdiſtinctions*.

En effet il faut convenir que par rapport à l'application qu'on peut faire des principes dans l'uſage du commerce & de la ſociété civile, & dans l'adminiſtration de la Juſtice, il n'eſt pas toujours poſſible, ni convenable que des principes généraux on tire des concluſions rigidement logiques: les Loix l'ont prévu elles-mêmes; elles ont décidé que dans le droit, & par conſéquent dans la déciſion des affaires & dans les Tribunaux, il étoit difficile de ne pas admettre des exceptions, lorſqu'elles étoient néceſſaires pour le bien de la Juſtice & l'arrangement des différents intérêts des particuliers.

C'eſt pourquoi je ne vois pas comment on peut blâmer dans l'application des Loix l'uſage des diſtinctions, des diviſions, & quelquefois même des ſubdiviſions, quand elles conſervent

les principes autant qu'il ſe peut, & qu'elles ne s'en écartent que pour le bien de la ſociété.

Dans la Morale & dans la Diſcipline Eccléſiaſtique, combien d'exceptions, de modifications, d'adouciſſements, d'exemptions n'eſt-on pas obligé d'autoriſer dans l'exécution des préceptes?

Ne blâmons donc pas les exceptions & modifications que l'on eſt forcé ſouvent d'admettre dans l'uſage des principes civils. Ramenons toujours ces principes à ce qui peut concourir au bien public. Ne les bleſſons pas; mais bleſſons encore moins la droite raiſon; c'eſt elle qui les a introduits, & c'eſt la raiſon qui les interprete & qui les applique.

Mais enfin M. le Préſident Bouhier, *ch.* 23, *n.* 3, paroît convaincu de la réflexion de M. Froland, & il dit qu'on ne peut nier que M. Froland n'ait raiſon en ce point. Il eſt en conſéquence ſurpris de le trouver ſi flottant ſur le principe général qu'il doit adopter pour la réſolution de ces queſtions.

Ce que propoſe ce Magiſtrat, à cette occaſion, eſt aſſurément ce qu'il y a de plus ingénieux & de plus ſenſé. On demeure, dit-il, preſque généralement d'accord, que la Loi du domicile matrimonial détermine l'état de la femme, & par conſéquent l'étendue du pouvoir qu'a le mari ſur elle, & l'on ne voit pas comment cet état, une fois déterminé, pourroit changer par une ſimple tranſlation de domicile, faite par le mari.

Une femme qui ne peut rien faire ſans autorité de ſon mari, deviendroit tout d'un coup, par un changement de domicile, libre de cette ſujétion, & enſuite y retomberoit, ſi ſon mari retournoit dans ſa premiere demeure. L'état des femmes dépendroit du caprice des maris.

Quoi! une femme a contracté ſur la foi d'une Coutume qui lui permet la libre adminiſtration de ſes paraphernaux, même de teſter de ſes biens, ſans l'autoriſation de ſon mari, & cette femme ſeroit privée d'un auſſi précieux avantage, par un changement de domicile qu'elle ne peut empêcher : ce ſeroit heurter de front la regle qui ne permet pas qu'on nous enleve, ſans notre fait, un droit qui nous appartient, & voilà pourtant le principe des partiſans de l'opinion contraire.

On ne peut pas dire que la femme ſe ſoumette même tacitement aux Loix du nouveau domicile: elle ne fait qu'obéir.

Tout ce que propoſe ce Magiſtrat, peut ſe réduire à deux objections : la premiere regarde les principes en eux-mêmes ; la ſeconde regarde les inconvénients, faute de ſuivre ces principes.

M. le P. Bouhier ne veut pas que la femme puiſſe changer l'état & la condition que lui donne la Loi matrimoniale ; mais n'eſt-il pas des principes que la Loi du domicile actuel doit régler l'état & la condition de l'homme en général ? Pourquoi en excepterions-nous la femme ? Où eſt la Loi qui l'excepte ? Et de quel droit un Juriſconſulte mettra-t-il des exceptions, quand la Loi n'y en met pas ?

Mais nous y en mettons nous-mêmes, dira-t-on, puiſque nous ſommes forcés de convenir que le changement de domicile ne fait pas perdre à la femme les droits qui lui ſont acquis ſur ſes paraphernaux. Cela eſt encore vrai ; mais en cela nous parlons comme la Loi qui ne permet pas qu'on nous enleve un droit acquis, ſans notre fait, & malgré nous.

Ainſi, par mon ſyſtême, je conſerve tous les principes. La Loi du domicile regle l'état & la condition de la perſonne ; je rends la femme de l'état qu'elle doit être par la Loi de ce nouveau domicile.

Mais comme ce choix de domicile eſt le choix de ſon mari, & non le ſien, & qu'il ne doit pas dépendre du mari de fruſtrer ſa femme de droits pécuniaires, pour s'enrichir lui-même ; je fais valoir la regle qui ne veut pas que nous puiſſions perdre un droit acquis contre notre gré, ou ſans notre conſentement, en ſorte que ma diſtinction que M. Froland trouve être bien imaginée, mais dont il ne s'accommode pas, non plus que M. Bouhier, conſerve, & les principes de regle, & les principes d'équité.

La femme qui change de domicile, change d'état, parce que les principes veulent que le domicile actuel régiſſe l'état & la condition de la perſonne.

Dites le contraire, vous décidez contre le principe admis univerſellement, vous y dérogez ; & quel eſt le particulier qui ait ce droit ? Il faut attendre l'autorité du Légiſlateur.

Mais quoique cette femme change d'état, elle ne perd pas les droits qui lui ſont acquis, & dont la perte pourroit enrichir ſon mari, au préjudice d'elle-même, parce qu'il eſt un autre

principe qui eſt que le mari ne peut pas arbitrairement s'avantager aux dépens de ſa femme, ni la priver des droits qui lui appartiennent.

Si on travailloit jamais à une réformation de Loix, on pourroit embraſſer la déciſion de M. le Préſident Bouhier, en fixant irrévocablement l'état de la femme, par la Loi de ſon domicile matrimonial : encore ce parti auroit-il bien des inconvénients; mais enfin il faudroit pour cela une vraie réforme ; il faudroit qu'une Loi nouvelle dérogeât à l'ancienne. Juſques-là le Juriſconſulte a-t-il d'autre parti à prendre, que de ſuivre les Loix ſubſiſtantes, & d'arranger ſes déciſions, de maniere que dans la variété & la contrariété des Loix, on les offenſe le moins qu'on peut? C'eſt ſur ces idées que je me ſuis déterminé dans la plupart de ces queſtions.

Je ſens bien que la convention préſumée ſeroit ici d'un grand ſecours, & j'avouerai ingénument qu'elle ſeroit plus raiſonnablement admiſſible en cette occaſion, qu'en beaucoup d'autres; mais cette convention préſumée ne ſeroit néceſſaire à la femme, ou que pour la conſerver dans ſon indépendance, ou pour la contenir dans la ſujétion dans laquelle la Loi du domicile matrimonial l'a placée ; ainſi elle ne ſeroit que contre le droit public de l'endroit où elle pourroit aller demeurer. Mais pourquoi imaginer une convention pour opérer cet effet? Les Loix d'une Province ſont-elles à ménager ſi peu, & j'oſe dire même, ſans preſque aucune néceſſité?

En effet, ſi la femme eſt mariée dans une Coutume de dépendance, elle y reſte, ſelon mon ſyſtême, dans tout ce qui peut intéreſſer ſon mari, & dans le ſurplus, *quæ invidia* qu'elle acquiere la franchiſe de toutes les autres femmes avec qui elle vit.

Que ſi une femme eſt mariée dans une Coutume d'indépendance, elle la perd, à la vérité, dans mon ſyſtême, mais pour la forme ſeulement, & pour la manutention des Loix; mais d'ailleurs elle peut avoir recours au Juge qui ne ſauroit ſe diſpenſer de lui rendre l'exercice que lui donnoit ſon indépendance originaire.

Dans le temps que j'écris ceci, & que j'obſerve que le changement de domicile des conjoints ne peut opérer aucun changement dans leur état de commun, ou de non commun, voici l'eſpece ſur laquelle on me conſulte.

Un mari & une femme domiciliés en Normandie, & mariés ſuivant cette Coutume, ſont venus, quelques années après, s'établir à Paris.

Ils ont acquis, pendant leur mariage, & depuis leur tranſlation de domicile à Paris, une Ferme au Pays de Caux, quelques autres Fermes & héritages ſitués dans l'étendue générale de la Province de Normandie, les uns en Bourgage, & les autres hors Bourgage; plus, une charge de Secrétaire du Roi du Grand-College, & quantité d'effets royaux.

Le mari eſt décédé domicilié à Paris; cela poſé, la queſtion étoit de ſavoir quels ſeroient les droits de la veuve. Dans cette eſpece, j'ai eſtimé que le mariage ayant été contracté en Normandie, entre perſonnes y domiciliées, leurs biens qui avoient leur ſituation en Normandie, devoient ſuivre l'Art. 329 de la Coutume de cette Province; qu'à l'égard des effets royaux, qui étoient tous effets mobiliers, il falloit ſuivre la Loi du domicile mortuaire, ainſi que pour la Charge de Secrétaire du Roi du Grand-College, & effectivement il eſt intervenu deux Arrêts, l'un en la Grand'Chambre du Parlement de Paris, & l'autre en la troiſieme Chambre des Enquêtes, qui l'ont jugé ainſi. Voyez *l'Obſervation* 29.

Le changement de domicile peut encore faire naître quantité de queſtions au ſujet de la puiſſance paternelle.

J'ai déja traité de cette puiſſance paternelle en la *Queſtion* 20 de mes *Diſſertations Mixtes*, où j'ai agité pluſieurs queſtions ſur cette matiere; mais M. le Préſident Bouhier, en ſa Coutume, *ch.* 22, *n.* 18, me fournit l'occaſion d'en traiter encore pluſieurs autres; ce qui pourra ſervir de ſupplément à ce que j'ai déja dit.

Un enfant qui eſt ſous la puiſſance paternelle, ceſſera-t-il d'y être, s'il change de domicile, ſans le conſentement de ſon pere, & va demeurer dans un lieu où le pere n'a pas ſon fils ſous ſa puiſſance? *Premiere Queſtion.*

Ceſſera-t-il encore d'y être, ſi c'eſt le pere qui change de domicile, & qui vient demeurer dans une Coutume qui n'admet pas la puiſſance paternelle? *Seconde Queſtion.*

Sera-t-il émancipé par le mariage, ſi le nouveau domicile du pere le veut, & que celui de la naiſſance, ou du domicile précédent ne le veuille pas? *Troiſieme Queſtion.*

Ce pere perdra-t-il dans le changement de domicile la pro-

priété des meubles que lui accordoit cet ancien domicile, & la jouissance des biens de ses enfants? *Quatrieme Question.*

Nous avons dans le Royaume, par rapport à la puissance paternelle, des Jurisprudences bien différentes. M. Bretonnier dans son Recueil Alphabétique, *verbo* puissance paternelle, en fait l'observation. Par exemple, dans les Pays de Droit écrit, les enfants en puissance paternelle ne peuvent absolument tester; leur testament, fait en cet état, n'est pas valable, même après la mort de leur pere, si ce n'est de leur pécule, *castrense, & quasi castrense*, L. 19, *quibus non est permissum facere testamentum.*

Mais dans le Parlement de Bourgogne, les enfants étant sous la puissance paternelle, peuvent tester avec la permission de leur pere, & sans cette permission, ils ne peuvent faire aucune disposition, de derniere volonté, au profit d'autres personnes que le pere. Voyez Taisant, *tit.* 6, *art.* 3, *n.* 2. J'ai sur cela cité en ma Dissertation 20, *pag.* 438, un Arrêt rendu en ce Parlement, le 19 Juillet 1726, & il y en a encore un autre plus récent rendu en ce même Parlement, le 21 Avril 1730, *consultis classibus*, que M. le P. Bouhier m'a envoyé, & que l'on trouvera à la fin de ce volume.

Dans les Pays de Droit écrit, le pere jouit des fruits de tous les biens de ses enfants sous certaines exceptions.

Au contraire, la Coutume de Poitou, outre l'usufruit, donne au pere la propriété de certains meubles.

Dans les Pays de Droit écrit, ressortissants au Parlement de Paris, le mariage émancipe; Ricard des *Donat. part.* 1, *ch.* 3, *sect.* 5, *n.* 287; Brodeau, *Lettre M. ch.* 18, & dans les Parlements de Bordeaux, Toulouse, Provence, il n'émancipe pas.

Pareillement dans tout le Pays Coutumier le mariage émancipe à la réserve de quelques Coutumes, comme Poitou, qui désire, à l'égard des Nobles, une émancipation expresse, & à l'égard des roturiers, il faut avec le mariage un ménage séparé par an & un jour, ce qui emporte une émancipation tacite. Celle de Saintonge requiert pareillement une habitation séparée, &c.

PREMIERE QUESTION.

Je demande pour premiere question, si supposé qu'un fils soit né d'un pere domicilié dans une Coutume ou autre en-

droit, où les enfants ſont ſous la puiſſance de leur pere, que ce fils aille de ſon chef, & ſans le conſentement de ſon pere; demeurer dans une Coutume qui n'admet pas cette puiſſance paternelle, il en ſera exempt.

D'Argentré a décidé cette queſtion, *art.* 500 de la Coutume de Bretagne, ſur ces mots *domicile ſéparé.* Dans cette Coutume la puiſſance paternelle eſt perpétuelle; c'eſt-à-dire, que les peres conſervent ſur leurs enfants droit de puiſſance paternelle, à quelque âge que ces enfants puiſſent parvenir.

Mais il y a dans cette Coutume trois voies pour ſortir de la puiſſance paternelle : la premiere eſt celle de l'émancipation que le pere ne peut faire, ſi l'enfant ne le requiert; la ſeconde eſt le mariage du fils contracté du conſentement du pere; & la troiſieme eſt, ſi le fils, après l'âge de vingt-cinq ans, a domicile ſéparé de ſon pere, *art.* 498.

C'eſt ſur ces mots, *domicile ſéparé*, que d'Argentré propoſe comment le pere peut empêcher que ſon fils ſorte de ſa puiſſance par un *domicile ſéparé*, & il dit que ſi le fils n'eſt pas âgé de vingt-cinq ans, il ne ſauroit avoir de *domicile ſéparé*, & que juſqu'à vingt-cinq ans, *pater jure paterno poteſt compellere filium non maritatum, ſecum habitare;* mais qu'après vingt-cinq ans, ſi le fils prend un *domicile ſéparé*, n'étant pas marié, le pere *poteſt proteſtari ad impediendam præſumptionem tacitæ emancipationis, quoad filius ſit maritatus, etiam uſque ad ſexageſimum annum, & ita eum retinere poteſt in poteſtate.* Voyez la Loi 1, & la gloſe *in verb. diu. C. de pat. poteſt.* Voyez auſſi la Novelle 25 de l'Empereur Léon.

L'on voit que le pere ne peut pas par le ſeul fait de ſon fils, perdre les droits de puiſſance paternelle, ſi ce n'eſt que la Loi du domicile du pere, les lui faſſe perdre dans certains cas ſur la préſomption de la volonté du pere qui ne réclame pas, quand il le peut.

DEUXIEME QUESTION.

Mais ſi le pere venoit lui-même demeurer en un Pays de Coutume où la puiſſance paternelle ceſſe, le pere perdroit-il les droits de puiſſance paternelle par la tranſlation de ſon domicile? ou même les acquerroit-il en venant demeurer dans un Pays de puiſſance paternelle?

Voici quel a été le plan général de ma Dissertation 20, au sujet de la puissance paternelle : je me crois obligé de l'exposer ici, parce qu'il me paroît que M. le P. Bouhier ne l'a pas bien saisi, *ch.* 22, *n.* 18.

J'ai estimé, *pag.* 407, que de même que le domicile de la naissance détermine dans les enfants l'état & la condition de majeur ou de mineur, sans que le changement de domicile postérieur des peres & meres pût changer & altérer l'état dans lequel leurs enfants sont nés, de même le domicile de la naissance déterminoit si l'enfant étoit, ou n'étoit pas sous la puissance paternelle; de sorte que l'enfant né à Paris, d'un pere domicilié à Paris, où l'on ne reconnoît pas la puissance paternelle, n'étoit pas sous la puissance de son pere, quoique ses peres & meres eussent été mariés en Pays de Droit écrit.

Vice versâ, le fils étant né en Pays où la puissance paternelle a lieu, j'ai dit, *pag.* 445, que le fils restoit sous la puissance paternelle, nonobstant le changement de domicile.

Mais j'ai distingué deux choses dans la puissance paterenelle les Droits réels d'une part, & les Droits honorifiques & de supériorité qui constituent les enfants dans certaines incapacités personnelles.

J'ai estimé, *pag.* 441, que les droits personnels étoient régis par la Contume de la naissance, & se portoient même dans toutes les autres Coutumes.

Quant aux droits réels, j'ai distingué les meubles d'avec les immeubles : j'ai cru à l'égard des immeubles, que conformément à l'Arrêt de Bance de 1695, il falloit suivre la situation des biens, que cet Arrêt s'étoit renfermé dans la Loi de la situation, encore même que le pere n'eût pas ses enfants sous sa puissance: ces sortes de droits réels étant accordés à la paternité : & quant aux meubles, j'ai dit, *pag.* 445, que tout le mobilier qui pouvoit appartenir à la fille née en Auvergne, devoit être réglé par la Coutume d'Auvergne, comme Coutume de la naissance.

Ainsi j'ai estimé, 1°. que pour décider si l'enfant est, ou n'est pas sous la puissance de son pere, quant à certains droits d'autorité de la part du pere & de sujétion de la part des enfants, il falloit se fixer à la Loi de la naissance, & que le changement de domicile du pere ne change en rien, ce que le domicile de la naissance a réglé & défini à cet égard.

2°. Mais

2°. Mais quant aux droits ſur les biens, j'ai diſtingué les meubles d'avec les immeubles.

Quant aux immeubles; le changement de domicile n'opere rien, parce que les droits dépendent uniquement de la ſituation.

Quant aux meubles, j'ai cru que le changement de domicile ne faiſoit pas perdre au pere des droits une fois acquis ſur iceux, & que ſi les meubles, par le changement de domicile, changeoient de ſituation, ce ne pouvoit pas être au préjudice des droits acquis par le pere.

Voilà le précis de ma Diſſertation 20, & je n'y trouve pas ce que M. le P. Bouhier a rapporté comme de moi, *ch.* 22, *n.* 18.

Je ſais qu'il y a bien du pour & du contre ſur toutes ces queſtions; qu'elles ſont épineuſes, & que la ſolution en eſt très-difficile.

En effet, pour commencer d'abord par ce qui eſt vraiment perſonnel dans la puiſſance paternelle, on dira d'un côté en faveur du lieu de la naiſſance, que la puiſſance paternelle eſt fondée dans la nature : elle naît avec la paternité, & il ſemble que ce ſoit la Loi de la naiſſance qui en doive fixer les droits, & que ces droits doivent être immuables & indépendants de tout changement de domicile, à l'exemple de la majorité qui ſe regle par la ſeule Loi de la naiſſance, comme j'ai tâché de le prouver en ma Diſſertation 20 : les raiſons que j'ai alléguées à cet égard, me paroiſſent devoir militer pour la puiſſance paternelle.

Nous trouvons dans les Loix & dans nos Coutumes les différentes manieres dont les enfants peuvent ſortir de la puiſſance paternelle. C'eſt, ou par l'émancipation, ou par le mariage, ou par une demeure ſéparée contre laquelle le pere n'a point proteſté. C'eſt l'Epiſcopat, quant aux Dignités Eccléſiaſtiques; ce ſont le grandes Dignités du Royaume, quant aux Dignités Laïques; mais nous ne voyons pas que le changement de domicile du pere ſoit marqué en aucun endroit *tanquam modus tollendæ patriæ poteſtatis.*

D'Argentré dit que la puiſſance paternelle eſt une choſe ineſtimable, *res inæſtimabilis;* & ſeroit-il poſſible qu'un Droit ſi précieux fût auſſi fragile, & fût expoſé à toutes les viciſſitudes que le hazard des différents domiciles pourroit faire naître?

D'un autre côté, nous avons un principe qui eſt que l'état

& la condition d'une personne dépendent absolument de la Loi de son domicile actuel. Ce principe est écrit dans tous nos Livres.

Mais la puissance paternelle, dans ses effets personnels, n'imprime-t-elle pas dans le pere & dans les enfants un certain état & une certaine condition ? & cette impression légale ne se fait-elle pas sentir, principalement par rapport aux enfants, puisqu'ils sont dans des incapacités personnelles, & qu'ils ne peuvent disposer de leurs actions & de leurs personnes ?

Si le changement de domicile n'opéroit pas, dans les enfants, un changement d'état & de condition, il en résulteroit du trouble dans l'ordre civil, qui tourneroit au détriment du public. Un pere Breton qui viendroit demeurer à Paris, y apporteroit son droit de puissance; ses enfants y apporteroient leurs incapacités personnelles; seuls dans toute l'étendue d'une Coutume, ils seroient d'un état différent des autres Citoyens. Un fils Breton, âgé de soixante ans, qui auroit encore son pere, ne pourroit pas emprunter sans son consentement. Le fils eût-il vingt ans de domicile à Paris, seroit sous les liens de la puissance paternelle, & le domicile public deviendroit un piege pour ceux qui contracteroient avec lui.

M. le P. Bouhier, dans son Commentaire sur la Coutume de Bourgogne, a agité, *ch.* 22, *n.* 16, la question présente; savoir, si un pere qui a une fois acquis le droit de puissance paternelle sur ses enfants, avec toutes ses dépendances, en vertu de la Loi de son permier domicile, le perd par la translation de sa demeure dans un lieu où les droits usités de cette puissance, ne sont pas reçus & accoutumés : si étant domicilié dans ce dernier lieu, & établissant ensuite son domicile dans une Province où la puissance paternelle a tout son effet, il peut l'exercer sur les biens de son domicile.

Sur ces questions, M. le P. Bouhier estime que la résolution dépend du temps où se fait la translation de domicile : que si alors le droit de puissance est acquis au pere, il doit lui demeurer avec toutes ses dépendances, en quelque endroit qu'il aille demeurer ; que si au contraire il ne lui est pas encore acquis, en ce cas il ne peut le prétendre, qu'autant que la Coutume de son nouveau domicile le lui accorde, & c'est à lui à s'imputer d'avoir fait la faute de quitter sa premiere résidence.

Si je comprends bien cette décision, M. le P. Bouhier pense

que ſi lors de la naiſſance de l'enfant, le pere eſt domicilié dans un Pays qui lui donne droit de puiſſance paternelle, il ne perd pas le droit ſur cet enfant, par un changement de domicile; que s'il va demeurer dans une Coutume, ou dans un Pays qui ne lui donne pas ce droit, & que là il lui naiſſe un enfant, cet enfant né dans une Coutume de liberté, ne ſera pas ſous la puiſſance de ſon pere qui doit s'imputer d'avoir changé ſon premier domicile.

J'ai donc penſé, comme M. le P. Bouhier, par rapport au lieu qui détermine ſi l'enfant eſt, ou n'eſt pas ſous la puiſſance paternelle, & j'ai cru, comme lui, que ce droit une fois acquis, ſe portoit par-tout, en ce qui regarde les droits de puiſſance & d'autorité du pere, & les incapacités & ſujétions perſonnelles des enfants.

Mais avant que de paſſer plus avant, qu'il me ſoit permis de propoſer une grande difficulté contre cette déciſion. Je ſuppoſe un pere qui, pendant ſon mariage, a changé de pluſieurs domiciles, dont les uns admettent la puiſſance paternelle, les autres la rejettent. Or, en ſe déterminant par les Loix de la naiſſance des enfants, un pere demeurant en Pays de puiſſance, & à qui il ſera né un fils, l'aura en ſa puiſſance. Il va demeurer en Pays où la puiſſance n'a pas lieu, & y a un fils; ce fils ne ſera point ſous la puiſſance paternelle. Ainſi de pluſieurs enfants de même pere, les uns ſeront ſous la puiſſance, & les autres n'y ſeront pas.

Quel affreux mêlange & que d'embarras! Il faudra, quand on voudra contracter, ou aſſigner quelqu'un en Juſtice, lui demander ſon extrait baptiſtaire pour ſavoir où il eſt né; il faudra étudier les Coutumes des différents domiciles de ces enfants. Eh! quelle malheureuſe bigarrure entre des enfants d'un même pere!

Je ſais que la même difficulté ſe préſente par rapport à la majorité, ou la minorité; mais, 1°. nous avons peu d'endroits qui fixent la majorité parfaite au-deſſous de vingt-cinq ans, & nous en avons beaucoup qui admettent la puiſſance paternelle. 2°. L'état de mineur eſt un état paſſager; mais la puiſſance paternelle eſt perpétuelle en pluſieurs Coutumes. Ainſi la déciſion, en ce qui regarde la majorité, ou la minorité, a des conſéquences moins gênantes.

Il en eſt de même de la garde. Ne voit-on pas tous les jours

des enfants de mêmes pere & mere, dont les uns sont en garde, & les autres, comme plus âgés, n'y sont pas : & de ceux qui sont en garde, les uns n'en sortent-ils pas plutôt que les autres, tant à cause de leurs différents âges, qu'à cause de leurs différents sexes ?

On remédieroit à ces inconvénients, en se fixant à la Loi du domicile matrimonial ; mais il faudra encore qu'un homme soit toujours porteur de l'extrait de mariage de son pere, pour savoir quel domicile il avoit, & pour pouvoir décider ensuite de l'état & de la condition de ses enfants.

Si on se fixoit à chaque domicile actuel du pere, l'état des enfants seroit perpétuellement vacillant ; majeur aujourd'hui, demain mineur ; aujourd'hui exempt de la puissance paternelle, & demain soumis : en sorte que, dans cette matiere, il y a des difficultés & des embarras par-tout, & c'est ce qui fait connoître combien l'autorité du Souverain seroit nécessaire pour fixer ces sortes de questions ; & l'on est même persuadé qu'en ne cherchant que le mieux, on auroit encore de la peine à le rencontrer.

Mais en attendant une Loi précise, il ne paroît pas que l'on puisse, quant à présent, prendre de parti plus raisonnable, que de se fixer par la Loi de la naissance, tant pour la majorité, que pour la puissance paternelle.

C'est l'avis de M. le Président Bouhier ; mais il veut, & c'est une autre question, que tous les droits qui dépendent de la puissance paternelle, soit qu'ils soient personnels, soit qu'ils soient utiles & réels, suivent également la Loi de la naissance. C'est une question qui mérite un examen particulier ; mais avant que de l'entamer, je proposerai une espece que je trouve dans M. Olivier Etienne, *ch. 7 de son Traité des Hypotheques.*

Un homme se marie en France, où les enfants ne sont majeurs qu'à vingt-cinq ans ; il y demeure ; son fils aîné y prend naissance : ensuite il vient demeurer en Normandie, où il a un autre fils. Il y décede, & lors du décès, le fils aîné qui a pris naissance en France, est âgé de vingt-trois ans, & par conséquent mineur ; & celui né en Normandie, est âgé de vingt & un an, & par conséquent majeur. On demande si le puîné sera tuteur de son aîné. Olivier Etienne dit, sur cette question, qu'il y auroit à cela une répugnance naturelle, & qu'il vaut mieux faire violence à la Loi, qu'à l'ordre naturel ; & par conséquent

il faut dire que le fils aîné qui a pris naiſſance en France, étant mineur, doit faire que ſon frere puîné, quoique né en Normandie, ne ſera point majeur, que ſon frere aîné n'ait acquis ſa majorité; & ſi au contraire le fils aîné étoit né en Normandie, & le puîné en France, cet aîné ſera tuteur de ſon puîné, juſqu'à ce qu'il ait atteint vingt-cinq ans, parce qu'il n'y a pas de répugnance à proroger la tutele, *& in omnibus initium ſpectandum.*

On voit que cet Auteur défere à la Loi de la naiſſance, & n'y défere pas ſuivant les cas. Il y défere entiérement, ſi l'aîné eſt né en Normandie, & le puîné en France; l'aîné ſera majeur, à raiſon de ſa naiſſance en Normandie, & le puîné ſera mineur, à raiſon de ſa naiſſance en France; mais il n'y défere pas, ſi l'aîné eſt né en France, & le puîné en Normandie: car, dans cette eſpece, le puîné, quoique né en Normandie, ſera mineur, & attendra la majorité de ſon frere aîné, & tout cela à raiſon ſeulement de la répugnance naturelle qu'il y a que l'aîné ſoit ſous la tutele de ſon frere puîné, & c'eſt faire céder les Loix aux circonſtances; ce qui ne ſauroit abſolument être blâmé.

En effet, il ſembleroit qu'il y auroit, dans l'eſpece propoſée, une répugnance naturelle que l'aîné fut mineur, & le cadet majeur; mais cette répugnance eſt-elle auſſi ſérieuſe qu'on ſe l'imagine? Que l'aîné ſoit mineur, & le cadet majeur; que l'un ſoit ſous la puiſſance paternelle, que l'autre n'y ſoit pas; ces qualités de majeur, ou de mineur à un âge plutot qu'à un autre; celle d'être, ou de ne pas être ſous la puiſſance paternelle, ainſi que celle de tuteur, ſont également des qualités civiles. Ce qu'il y a de répugnant dans l'eſpece propoſée, eſt que le puîné ſoit jugé par la ſeule circonſtance de la naiſſance dans un lieu, capable de ſe gouverner, pendant que ſon aîné, par une circonſtance de naiſſance dans un autre, ſera jugé incapable, quoique plus âgé, & fort ſage d'ailleurs. Mais que veut-on? La diverſité de nos Coutumes opere ces inconvénients qui n'ont, au fond, qu'une ſimple répugnance, parce que le cas ſe rencontre peu: on n'eſt pas également frappé de voir un aîné qui eſt tombé en démence, & qui eſt ſous la tutele de ſon puîné; c'eſt que le cas eſt plus ordinaire. De dire que, parce que l'aîné eſt mineur, le puîné le ſera pareillement, c'eſt ouvertement contredire la Loi de la naiſſance du puîné.

S'il est mineur, il faut le mette en tutele lui-même; mais mettra-t-on en tutele celui que la Loi déclare majeur? & n'y auroit-il pas autant de raison de dire, que puisque le puîné est majeur, l'aîné l'est à plus forte raison? Dans la nécessité de heurter l'une des deux Loix, pourquoi sera-ce celle du puîné, plutôt que celle de l'aîné?

C'est, dit-on, que, *in omnibus initium spectandum est;* mais cela est bon dans les choses qui sont une suite, une dépendance, un enchaînement, une continuité de la même action; mais la naissance d'un enfant n'a rien de commun avec la naissance d'un autre, à moins de remonter au moment du mariage; en ce cas ce sera donc le domicile matrimonial qui en décidera, & qui devra être immuable à cet égard, nonobstant tout changement de domicile.

Mais si ce domicile est immuable à cet égard en Normandie, tous les enfants seront donc majeurs à vingt ans, quoiqu'aucun d'eux ne soit né en Normandie, & que par un changement de domicile leur naissance soit ailleurs.

Peut-être que ce sera la Loi de la naissance du premier des enfants, & non toute autre Loi qu'il faudra suivre; dans ce cas c'est toujours déranger tous les principes, & il n'y a que le Législateur qui puisse le faire.

Après avoir ventillé la question de M. Olivier Etienne, voici à quoi je m'arrêterois, non-seulement sur la question particuliere par lui proposée, mais sur toutes les questions que cette diversité de naissance pourroit faire naître. J'estinerois que le puîné, né en Normandie, devroit jouir des prérogatives de sa naissance dans tout ce qui pourroit le concerner personnellement; qu'il pourroit, par exemple, tester en jugement pour ses affaires personnelles; qu'il pourroit vendre & aliéner les biens qui lui appartiendroient; qu'il pourroit emprunter & s'obliger valablement: mais que s'il s'agissoit de choses dans lesquelles son frere & lui pourroient être intéressés, il ne pourroit regarder son frere que comme un mineur, & devroit suspendre ses poursuites; en sorte que ce ne seroit pas sa majorité qui seroit suspendue, mais ses actions vis-à-vis son frere.

C'est pourquoi, s'il ne s'agissoit que de choses utiles pour son frere, qui, à raison de ce, auroit besoin d'un Tuteur, je ne vois point d'inconvénient que le frere Normand soit Tu-

teur de ſon frere Pariſien, par exemple, s'il tomboit en démence, s'il lui falloit un Tuteur pour accepter une donation, pour ſuivre un débiteur commun & autres cas ſemblables: par ce tempérament, je donne au frere Normand tout ce que la Coutume de ſa naiſſance peut raiſonnablement lui accorder, & je ne bleſſe point la répugnance de la nature. Je conſerve à celle-ci & à la Loi, autant que faire ſe peut, leur autorité, & j'établis entre elles une concordance de raiſon.

Traitons préſentement des droits utiles de la puiſſance paternelle.

J'ai dit ci-devant qu'en ma queſtion 20, j'avois eſtimé qu'à l'égard des droits utiles de la puiſſance paternelle, ils étoient réels, & dépendoient de la Loi de la ſituation. M. le P. Bouhier eſtime, au contraire, que la puiſſance paternelle étant toute perſonnelle dans ſon origine, elle doit l'être dans toutes ſes attributions & ſes conſéquences, parce que l'acceſſoire ſuit la nature du principal, qu'il eſt certain que les droits utiles ſont les ſuites & les conſéquences de la puiſſance paternelle, & qu'il eſt d'autant plus néceſſaire, en admettant le principe, d'admettre les conſéquences, que ces droits utiles ne ſont pas entiérement gratuits pour les peres, puiſqu'ils ſont chargés de la nourriture des enfants & des dettes de leurs biens.

Ces raiſons ſont fortes, & je les avois prévues en ma queſtion 20, *pag.* 429 : elles peuvent même être autoriſées de la déciſion de Munnos d'Eſcobard, en ſon Traité, *de Ratiociniis adminiſtrator.* cap. 29, n. 21 : il propoſe cette queſtion, *in civitate Vallaſolitana* (*Valladolid*) *eſt lex quæ de decima tutori præſtanda loquitur : ibi minor plura habet bona, plura etiam alia Uliſiponæ,* (Liſbonne) *ubi dicta lex non cuſtoditur, quæritur an non ſolum decimam bonorum Valliſolitano exiſtentium, verum & Uliſiponenſium habere debeat,* & il répond pour l'affirmative, parce que, dit-il, pour troiſieme raiſon, *legis finis eſt ut pro labore decima fructuum præſtetur. Cùm ergo tutor laboraverit adminiſtrando extra urbem, æquum non eſt ut labor ejus defraudetur.*

Mais pour mettre cette grande queſtion dans tout ſon jour, je crois devoir expoſer ici mon ſyſtême, & les raiſons ſur leſquelles je ſuis fondé.

La Loi du domicile régit la perſonne, la Loi de la ſituation régit les biens ; ces deux propoſitions ont été admiſes de tout le

monde; elles ſont fondées l'une & l'autre ſur deux principes que je crois inconteſtables : le premier eſt que la Loi de droit ordinaire régit ce qui eſt dépendant de ſa Juriſdiction & de ſon autorité : la ſeconde eſt que l'homme & les biens ſont dépendants de la Loi où ils adherent. Or, l'homme & les biens adherent, ſavoir l'homme fictivement dans le lieu de ſon domicile, & les biens par une adhérence réelle & effective, dans le lieu où ils ſont.

Cette adhérence, quant aux biens, ſe prouve par elle-même, & quant à la perſonne, il eſt aiſé de s'en convaincre.

En effet, quoique l'homme ſoit né pour ſe mouvoir & parcourir cette terre que Dieu lui a donnée, il n'eſt pas fait pour demeurer dans tous les lieux que la néceſſité l'oblige de parcourir ; il faut néceſſairement qu'il y ait un lieu de repos, un lieu de choix & de prédilection, un lieu de ſociété, un lieu où il puiſſe jouir avec ſa famille des avantages de ſes travaux & de ſes peines : ce lieu eſt celui que nous appellons domicile, & où l'homme adhere par une ſorte de fiction ; n'eſt-ce pas en effet adhérer en quelque maniere dans un lieu, que d'y être dans un eſprit de permanence & d'habitation ordinaire ?

Ainſi les Loix qui commandent aux hommes & aux choſes, commandent aux uns & aux autres, par un même principe : aux hommes, parce qu'ils ſont attachés d'intention dans un lieu ; & aux biens en tant qu'ils ſont inhérents réellement dans le lieu.

Si l'homme ne ſortoit jamais de l'étendue de la Juriſdiction de ſon domicile, & s'il ne poſſédoit pas des biens ailleurs, jamais les Loix d'une autre Nation, ni d'une autre Province ne ſe trouveroient en concurrence.

Mais l'homme, comme on vient de le dire, eſt né pour ſe mouvoir, & pour pouvoir ſe tranſporter par-tout : le commerce des Nations admet encore que l'homme puiſſe poſſéder des biens dans différentes Juriſdictions, & même dans différents Pays.

Or, quand cet homme ſe trouve dans une Juriſdiction différente, y porte-t-il ſon état & ſa condition ? doit-il y être regardé de la condition dont il eſt dans le lieu de ſon domicile, ou de celle du lieu où il exiſte actuellement ? Quand il poſſede des biens hors ſon domicile, ces biens continuent-ils d'être régis

gis par les Loix de la ſituation, ou ſi l'état de la perſonne influera ſur l'uſage & la diſpoſition de ces biens?

Ce qui forme la difficulté, ce ſont deux autres principes qui ſont; 1°. que les Loix ne peuvent commander que dans l'étendue de leur Juriſdiction. 2°. Qu'elles y commandent ſeules, ſans être obligées d'y reconnoître d'autre autorité que la leur.

Delà il s'enſuivroit que l'homme ſe trouvant dans une autre Juriſdiction, devroit dès-lors être tel dans ſa perſonne, que le preſcrit la Loi où il ſe trouve.

Il s'enſuivroit, en ſecond lieu, que jamais l'état du domicile de la perſonne n'influeroit ſur les biens, & qu'ils ne ſeroient jamais aſſujettis qu'aux Loix de leur adhérence & de leur ſituation.

Cependant il a paſſé dans toutes les Nations, qu'en quelque endroit que l'homme puiſſe ſe tranſporter, il s'y tranſporte tel qu'il eſt, & de la condition dont il eſt dans la Loi de ſon domicile.

Et à l'égard des biens, nos meilleurs Auteurs diſtinguent ordinairement deux cas, & je les ai diſtingués avec eux. Le premier eſt celui où il s'agit des biens, relativement à l'état de la perſonne. Le ſecond, où il s'agit des biens en eux-mêmes, & ſans conſidération de l'état de la perſonne.

Au premier cas, ils diſent que la perſonne peut, ou ne peut, par rapport à ſes biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, que ce que la perſonne peut, ou ne peut pas par l'état & condition que lui donne la Loi de ſon domicile.

Dans le ſecond cas, la perſonne ne peut que conformément à la Loi de la ſituation, & la capacité qu'elle a par la Loi de ſon domicile, cede à la Loi de la ſituation.

Je viens de dire que j'ai fait, avec nos Auteurs, cette diſtinction que je crois très-admiſſible. Cependant ſi on y réfléchit de bien près, on trouvera que, dans le premier cas, la Loi de la ſituation des immeubles ne défere qu'à l'état de la perſonne, & que par cette déférence, elle ne relâche rien de ſes droits ſur les immeubles.

En effet, quand un homme majeur de vingt ans, dans la Coutume de ſon domicile, a des biens dans une Coutume où il en faut vingt-cinq; & quand cette Loi de la ſituation qui exige vingt-cinq ans, ſouffre néanmoins que le majeur de vingt

ans dispose des biens qu'il a dans l'étendue de sa domination, cela ne change rien, quant à l'esprit de cette Loi, puisqu'elle veut elle-même que le majeur en puisse disposer : elle défere seulement à la qualité de majeur que la Loi du domicile donne à la personne. Il y a cependant des cas où la Loi, en déférant à l'état de la personne domiciliée ailleurs, y défere même par rapport aux biens, comme dans le cas de la communauté entre conjoints, pour les biens qu'ils acquierent en Pays de non-communauté ; mais cela n'arrive que par la nécessité d'éviter la fraude & de concourir à la justice.

Mais ce qu'il est important d'observer en l'un & l'autre cas, est que c'est le bien général qui seul autorise que les Loix d'une Nation soient reçues dans une autre ; ôtez les motifs de bien public, les Loix de la situation commmandent pleinement & absolument dans toute l'étendue de leur Jurisdiction, & donnent l'exclusion à toutes Loix étrangeres.

M. le Président Bouhier a tracé ce principe avec toute la noblesse possible. Il faut se souvenir, dit-il, *page* 457, qu'encore que la regle étroite soit pour la restriction des Coutumes dans leurs limites, l'extension en a été néanmoins admise en faveur de l'utilité publique, & souvent même par une espece de nécessité.

Ainsi quand les peuples voisins ont souffert cette extension, ce n'est point qu'ils se soient crus soumis à un Statut étranger ; c'est seulement parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier, en ce qu'en pareil cas, leurs Coutumes ont les mêmes avantages dans les Provinces voisines. On peut donc dire que cette extension est fondée sur une espece de droit des gens & de bienséance, en vertu duquel les différents peuples sont tacitement demeurés d'accord de souffrir cette extension de Coutume à Coutume, toutes les fois que l'équité & l'utilité commune le demanderoient, à moins que celle où l'extension seroit demandée, ne contînt, en ce cas, une disposition prohibitive.

Examinons, sur ce plan, les questions qui peuvent tomber sur la puissance paternelle. J'apperçois d'abord, dans la puissance paternelle, des droits d'autorité, de commandement, des droits d'honneur accordés au pere ; &, en second lieu, j'y apperçois des droits utiles & pécuniaires.

Quant aux premiers droits, on peut dire qu'ils sont du droit

général & univerſel de toutes les Nations, parce qu'ils ſont fondés dans la nature même. Il n'en eſt aucune qui n'exige des enfants, envers leurs peres, de la ſoumiſſion, de l'obéiſſance & du reſpect, & par conſéquent qui ne donne aux peres les droits dont nous venons de parler.

En effet, qu'eſt un enfant quand il vient au monde? Foibleſſe & infirmité. Il ſent ſes beſoins & ne les connoît pas, & il ne ſauroit, ni les demander, ni ſe les procurer. Dans cet état, cet enfant eſt à la merci d'autrui; ſi on n'a pitié de lui, ſi on ne vient pas à ſon ſecours, il faut qu'il périſſe; & de qui doit-il plus naturellement recevoir les ſecours de la vie, ſi ce n'eſt de ceux qui la lui ont donnée?

Dans ces premieres années, les peres & les meres agiſſent ſeuls; les enfants ſont, en quelque maniere, purement paſſifs, & les peres & meres ne ſauroient rien exiger d'eux.

Cet enfant devenu plus fort, commence à avoir ſes volontés; & comme il ne connoît pas ce qui lui eſt utile & ce qui lui eſt nuiſible, c'eſt aux peres & meres à veiller ſur lui, & à le diriger, & cet état donne aux peres & meres une autorité de bonté & de douceur.

Mais l'enfant devient encore plus grand; ſes volontés deviennent plus variées & plus formées, & ce troiſieme état donne aux peres & aux meres une autorité de commandement & de correction légere.

L'enfant parvient enſuite à la puberté; c'eſt un âge où les paſſions ſe font ſentir, & où les volontés ſont plus abſolues, & en même-temps plus déréglées, & les peres & meres ont auſſi beſoin d'uſer d'une autorité plus grande, & d'une correction plus vive & plus marquée.

Enfin, l'enfant parvient à un âge de maturité & de raiſon, où il eſt en état de ſe conduire & de ſe diriger, & où il ſemble que le bien public & l'ordre de la ſociété exigent qu'il travaille pour lui-même, & qu'il y ſoit excité par ſon profit & par ſa propre utilité.

A conſidérer toutes ces choſes, la mere, comme le pere, devroit avoir la même puiſſance & la même autorité; & ſi du vivant du pere, la mere ne les exerce que ſubordinément, parce qu'elle-même eſt dépendante; du moins, en cas du décès du pere, devroit-elle les exercer ſeule, & avec la même étendue: on pourroit ajouter même qu'il ſemble que la mere doive d'au-

tant plus conserver cette autorité, que l'enfant autrefois lui étoit intimement lié; & faisoit, en quelque maniere, une partie d'elle-même. L'enfant *ante partum est matri onerosus, in partu doloroſus, post partum laborioſus, cap. ult. ẍ de converſ. infidel.* & ces titres semblent lui avoir acquis quelque autorité sur ses enfants.

Dans quelque état que nous placions l'enfant, il est certain qu'il doit avoir pour ses pere & mere de la crainte, de la soumission & du respect, & voilà tout ce que la nature donne aux peres, d'une part, & tout ce qu'elle exige des enfants, de l'autre.

Mais les hommes ont donné plus, ou moins d'extension à ces droits personnels: C'est delà que dans les Pays de Droit écrit, le fils qui est en la puissance paternelle, ne peut pas comparoître en Justice, soit en demandant, soit en défendant en matiere civile, sans être autorisé par le pere; qu'il ne peut pas emprunter sans son aveu; que dans toutes les Nations bien policées, il ne peut contracter mariage, sans son consentement. Ces incapacités sont les suites assez naturelles de la puissance paternelle, & affectent la personne même des enfants.

Mais à cette puissance paternelle sont joints des droits utiles & pécuniaires, & ces droits ne sont pas admis par-tout, & sont même plus, ou moins amples dans les différents lieux où cette puissance est admise.

Est-il du bien général des Nations, & d'une nécessité indispensable, que ces droits soient accordés aux peres? Sont-ils la suite & la conséquence nécessaire de cette puissance paternelle?

Dans l'origine, lorsque cette puissance donnoit droit de vie & de mort; lorsque les enfants faisoient partie du bien de leurs peres; que les peres pouvoient les vendre, ainsi qu'ils pouvoient vendre leurs esclaves, il n'étoit pas surprenant que les enfants ne possédassent rien, & que tout fût à leurs peres.

Dans ces temps, si une Nation, une Province n'eût pas admis une puissance si étendue & aussi absolue, ou si elle l'avoit rejettée entiérement, il eût fallu néanmoins l'étendre & la porter même jusques sur les biens situés dans cette Nation & dans cette Province: il eût été difficile de décider autrement, parce que pour lors les enfants étant dans une impuissance entiere d'état & de condition de rien posséder, cette impuissance se porte

par-tout, à l'inſtar de la minorité, de l'interdiction, &c. Ces enfants ſont abſorbés dans la puiſſance paternelle, & ne pouvant rien retenir pour eux-mêmes, ce qui leur eſt dévolu dans une Coutume, leur eſt enlevé à l'inſtant, & paſſe au pere.

Mais la puiſſance paternelle de nos jours, n'eſt pas auſſi entiere dans nos peres; & à l'égard des enfants, leur état eſt plus mitigé.

J'ai fait voir dans ma Diſſertation 20, qu'à l'égard des biens elle ſe terminoit dans les peres à quelques droits d'uſufruit reſtraints & bornés ſur certains biens; que même pluſieurs de nos Coutumes ne l'admettoient pas; ce ſont des droits arbitraires, variés, ſelon les lieux, & qui ſont plus ou moins utiles.

Or ces droits ſe prenant ſur les biens, s'y prenant arbitrairement, ſuivant les différentes Coutumes, & n'ayant point lieu dans pluſieurs, on voit que ce ſont des droits purs réels, & qui ne dérivant pas néceſſairement de la puiſſance paternelle, en ſont ſeulement la conſéquence. Auſſi voyons-nous que chez les Romains même, le droit que le pere avoit ſur les biens de ſes enfants, ſouffroit pluſieurs modifications, reſtrictions & adouciſſements.

Il eſt donc vrai que les Coutumes peuvent déférer ces droits, ou les refuſer, ſans troubler l'ordre général des Nations, & ſans donner atteinte au commerce, à la ſociété & au bien public.

Or, la Loi du domicile, celle qui regle l'état & la condition des perſonnes, regle bien les ſuites néceſſaires de cet état, & cela pour le bien général des Nations; mais non par rapport à des Loix purement arbitraires qui ne ſont faites que par des raiſons particulieres, & qui n'intéreſſent pas l'ordre général des Nations: chaque Pays, chaque contrée eſt en droit de ne pas reconnoître ces ſortes de Loix, & de ſe renfermer dans les ſiennes; ſur-tout quand les Loix étrangeres veulent arbitrairement diſpoſer des biens qui ſont ſous la domination d'autrui.

Comparerez-vous la puiſſance paternelle telle qu'elle eſt admiſe parmi nous à la minorité, à l'interdiction, à ces états néceſſaires dans la ſociété civile, & pour leſquels les différentes Coutumes ſont obligées de ſe déférer? Dira-t-on que de renfermer la puiſſance paternelle dans ſon lieu, & de ne pas l'étendre à des biens ſitués ailleurs, ce ſoit troubler l'ordre public, déranger la ſociété & le commerce des Nations?

Mais, dès-lors, ne faut-il pas retourner aux principes généraux qui veulent qu'à l'égard des biens, les Loix de la situation y commandent seules à l'exclusion de toutes autres Loix?

Ainsi la puissance paternelle est personnelle, & *personnalissime* dans partie de ses effets, & réelle dans l'autre partie.

Mais voici des réflexions qui vont ouvrir les yeux de plus en plus sur cette matiere.

Encore que partie des effets de la puissance paternelle soit réelle, ces effets sont toujours la suite & la conséquence de cette puissance; conséquence, à la vérité, non nécessaire, conséquence purement arbitraire & extrêmement variée; mais enfin conséquence de cette puissance pour les Coutumes qui l'admettent.

Delà il semble que l'on ne puisse accorder ces effets qu'autant que les peres ont leurs enfants sous leur puissance; ôtez la cause, vous ôtez l'effet.

Cependant l'Arrêt de Bence de 1695, a suivi d'autres principes. Le pere étoit domicilié à Paris, il y avoit été marié, ses enfants y étoient nés, sa femme y étoit morte; il est certain que le sieur Bence n'avoit pas ses enfants sous sa puissance; on lui accorde néanmoins la jouissance des biens de ses enfants situés en Pays de puissance paternelle.

D'ailleurs si la puissance paternelle est réelle dans partie de ses effets, il faut nécessairement, par rapport à ces effets, suivre la réalité, c'est-à-dire, la Loi de la situation; en sorte que ces droits réels ne doivent être accordés qu'en tant que les enfants étant sous la puissance paternelle, leurs biens se trouveront situés en Pays de puissance paternelle, & c'est ce qui avoit été précédemment jugé par l'Arrêt de Lebrun de 1653.

C'est pourquoi M. Bretonnier sur Henrys, *liv.* 4, *quest.* 13, me paroît se contredire : car il estime que les peres domiciliés à Paris, jouissent par droit de puissance paternelle des fruits des biens de leurs enfants situés dans les Pays de Droit écrit; & si cela est, il faut qu'elle soit réelle; & si elle est réelle, pourquoi décide-t-il ensuite que les peres domiciliés dans les Pays de Droit écrit, dont les enfants ont des biens dans les Pays de Coutumes, jouissent des fruits de ces biens, parce que la puissance paternelle est un Droit personnel?

Ainsi l'on ne peut pas dire que la puissance paternelle soit

toute perſonnelle ; ſes effets ſont en partie réels, effets non néceſſaires, purement arbitraires & particuliers, qui agiſſent uniquement ſur les biens.

On ne peut pas dire qu'elle ſoit toute réelle, puiſqu'effectivement elle emporte des effets vraiment perſonnels.

Dans la néceſſité de prendre parti ſur ces queſtions, j'eſtime la puiſſance paternelle, en partie perſonnelle & en partie réelle : comme perſonnelle, elle aura lieu par-tout en ce qui eſt de la perſonnalité : comme réelle, elle ſera renfermée dans les Coutumes qui admettent pareils droits ; mais il ſemble néceſſaire de préſuppoſer que le pere ne peut en jouir, qu'autant que les enfants ſont en puiſſance paternelle ; & pour juſtifier l'Arrêt de 1695, dans l'eſpece duquel les enfants n'étoient pas en puiſſance paternelle, il faut dire que quant aux effets réels, ils ſont réglés parmi nous, à l'inſtar de ceux de la garde, & qu'ils ſont dûs à raiſon de la ſeule paternité.

La déciſion de Munnos-d'Eſcobar ne me touche en aucune maniere ; c'eſt une indemnité & une récompenſe que la Loi accorde aux tuteurs pour la peine de leur geſtion, récompenſe qui eſt modérée & reſtreinte à une portion des revenus des mineurs, & qui réſulte d'une action perſonnelle que la Loi accorde aux tuteurs ; mais les droits pécuniaires de la puiſſance paternelle, tendent à donner au pere l'univerſalité des revenus de ſon fils, & ne ſont fondés dans aucune raiſon perſonnelle, du moins depuis qu'il eſt en âge de ſe gouverner & de travailler par lui-même.

M. Froland, *pag.* 819 *de ſes Mémoires ſur les Statuts*, propoſe deux queſtions. Il demande, 1°. quelle Coutume il faut ſuivre, quand il s'agit d'acquiſitions faites par un fils de famille domicilié dans le Pays de Droit écrit, de biens ſitués dans des Coutumes qui n'admettent pas la puiſſance paternelle. 2°. Quelle eſt celle qu'il faut ſuivre, quand le fils eſt domicilié dans une Coutume qui n'admet pas la puiſſance paternelle, & qu'il fait des acquiſitions dans le Pays de Droit écrit, & il incline à dire que le fils domicilié à Paris, n'étant pas ſous la puiſſance paternelle, a une habilité perſonnelle pour acquérir pour lui-même ; & qu'au contraire, celui qui eſt domicilié dans le Pays de Droit écrit, étant incapable eſſentiellement & radicalement, ne peut acquérir pour lui-même, mais pour ſon pere, en quelque endroit qu'il acquiere.

J'estime ces décisions fort bonnes, & j'embrasse volontiers l'avis de M. Froland, en exceptant *bona castrensia & quasi castrensia*, & ceux de pareille nature.

En effet, ce n'est pas la Loi de la situation qu'il faut envisager dans cette espece; c'est l'état & la condition de celui qui acquiert: si c'est un état d'indépendance, il est le maître d'acquérir où bon lui semble, & il acquiert pour lui, puisqu'il est indépendant; mais si cet état est un état de dépendance; si la personne qui acquiert, est tellement soumise à autrui, qu'elle ne puisse pas acquérir pour elle-même, il est nécessaire d'en conclure, que ne pouvant retenir la chose acquise, elle passe à celui sous la dépendance duquel cette personne est par état.

On m'objectera l'Arrêt de Bence, qui a jugé qu'encore que des enfants ne fussent pas sous la puissance paternelle, leur pere étoit en droit de jouir depuis le décès de sa femme, des biens par lui acquis pendant sa communauté, situés en pays de puissance paternelle; mais il y a une grande différence entre cette espece & les autres proposées par M. Froland, *page* 819. Dans celle-là il s'agit de biens acquis par le pere, sur lesquels la Loi lui donne des droits réels, sinon à cause de la puissance paternelle, du moins à titre de paternité: au contraire, dans celles proposées, ce sont les enfants qui acquierent, & qui acquierent pour eux, tant qu'ils ne sont pas sous la puissance paternelle.

M. Froland parle ensuite de l'émancipation légale & des différentes formalités requises par nos Coutumes, & il décide, quant à la forme de l'émancipation, qu'il faut suivre les formalités du domicile actuel; & quant à l'émancipation en elle-même, il semble adopter encore la Loi du même domicile.

Pour moi, en suivant le fil de mes principes, je dis, quant à l'émancipation en elle-même, que puisque le mineur, en ce qui regarde son état de mineur, est dépendant de la Loi du domicile au jour de sa naissance, c'est cette Loi qui doit disposer de son émancipation légale; & quant à l'émancipation qui dépend & de la Loi, & de la volonté du pere, en conséquence de la Loi, je voudrois encore que l'on consultât la Loi de la naissance, parce que la majorité, ou la minorité dépendante de cette Loi, c'est elle qui doit décider si le fils est en état d'être émancipé, & il faut y recourir, pour connoître si la volonté du pere est conforme à la Loi, & si la Loi n'exige

pas

pas quelques conditions & diſpoſitions perſonnelles dans le fils.

Mais quant à la forme de l'émancipation, ſi ce droit d'émancipation dépend en partie de la volonté du pere, & qu'il n'y ait rien dans la perſonne du fils qui en empêche, j'eſtimerois qu'il ſuffiroit de remplir les formalités du lieu où ſe fait l'émancipation provoquée par le pere. J'irois même juſqu'à dire que quand la Loi de la naiſſance exigeroit une certaine forme particuliere, le pere n'y ſeroit aſtreint qu'autant que l'émancipation ſe feroit dans ce lieu; mais que d'ailleurs il pourroit partout faire cette émancipation, & obſerver une autre forme, pourvu que l'acte fût revêtu de formalités authentiques. Il paroît raiſonnable, dit M. Catelan, en ſes Arrêts de Toulouſe, *liv.* 4, *chap.* 52, que dans le radouciſſement qu'a reçu parmi nous la puiſſance paternelle, & dans des temps & des lieux où les mœurs ſont moins façonnieres, un pere puiſſe renoncer à ſa puiſſance paternelle devant un Notaire & des témoins, & en la maniere que, ſuivant le Droit commun & ordinaire, on peut renoncer à tous les droits qu'on ne veut pas retenir. V. ſur toutes les queſtions de la puiſſance paternelle, M. Bouhier, *ch.* 16.

Notre Auteur demande, en dernier lieu, ſi un tuteur peut faire changer de domicile à un mineur, de maniere que s'il vient à mourir dans le nouveau domicile, les Loix de ſa ſucceſſion ſoient changées.

Il y a ſur le domicile du mineur pluſieurs objets à conſidérer : ſavoir, le domicile pour les aſſignations, celui pour régler ſa ſucceſſion, celui pour régler ſa capacité de teſter, & celui pour décider de la validité d'un mariage qu'il veut contracter.

Quant au premier domicile pour les aſſignations, ou le mineur eſt en tutele, ou il eſt émancipé. S'il eſt en tutele, comme c'eſt le tuteur qu'il faut aſſigner, le mineur ne pouvant eſter en Jugement, il n'y a pas de difficulté que l'aſſignation doit être donnée au tuteur, audit nom & en ſon propre domicile; que ſi ce mineur eſt émancipé, il faut l'aſſigner perſonnellement en ſon domicile actuel; c'eſt-à-dire, au lieu où il réſide habituellement. Voyez Bornier, ſur les Ordonnances, *art.* 3 *des Ajournements.*

Quant au domicile qui doit régler la ſucceſſion d'un mineur,

il y en a une distinction que font plusieurs de nos Auteurs.

Ils distinguent entre le mineur impubere & le mineur pubere, ou du moins entre celui qui a atteint l'âge de vingt ans, & celui qui n'a pas atteint cet âge. Ils estiment que l'impubere, ou celui qui n'a pas atteint l'âge de vingt ans, doit suivre le domicile de ses pere & mere; & qu'en cas que l'un des deux fût prédécédé, il suit le domicile de celui qui a survécu. Ce mineur est, par la nature & la Loi, constitué sous la conduite du survivant, & est dans l'obligation de le suivre par-tout où il peut aller demeurer.

Mais si ce mineur a pour tuteur tous autres que ses pere & mere, fussent-ils même ses parents collatéraux, ces mêmes Auteurs ne veulent pas que le domicile d'un impubere dépende de ces sortes de tuteurs, & qu'ils aient la liberté de changer l'ordre de sa succession.

Par rapport au mineur âgé de vingt ans, il peut, en plusieurs cas, choisir un domicile, s'il paroît qu'effectivement il s'en soit choisi un : on a suivi ce domicile de choix pour régler la succession de ses meubles & acquêts y situés. Arrêt du 15 Mars 1654, rapporté au Journal des Audiences, mais plus correctement & plus amplement dans Soëve.

En effet, si ce mineur vient à se marier du consentement de ses pere & mere, ou même de ses parents, en cas de leur décès; s'il prend un établissement par charge, ou par maîtrise, pourquoi n'aura-t-il pas la faculté de se choisir un domicile, en se choisissant un établissement? C'est ce que Burgundus, *tract.* 2, *n.* 34, a pensé, *qui veniam ætatis impetravit, & propriæ negotiationi, commodisque subservit, ipse sibi minor domicilium instruere potest;* & c'est ce qu'a décidé l'Auteur des Observations sur Henrys, *tom.* 1, *liv.* 4, *chap.* 6, *quest.* 105, dans le cas du mariage, puisque, dans ce cas, les mineurs, dit-il, ont la liberté de changer leur état, ils peuvent bien changer leur domicile; d'où il conclut que si un homme de Lyon vient se marier à Paris, & qu'il emmene sa femme mineure Parisienne avec lui à Lyon, aussi-tôt qu'elle y est arrivée, elle peut tester même au profit de son mari. Le domicile, qui se contracte par le mariage, l'emporte par-dessus celui de la naissance.

Mornac, *C. ubi de hæredit.* agite cette question. Un fils n'a ni pere, ni mere; il meurt impubere; il s'agit de sa succession mobiliaire : il étoit demeurant avec son tuteur, domi-

cilié dans un lieu où la ſucceſſion mobiliaire ſe partage différemment du lieu où ſes pere & mere demeuroient.

Il demande quel domicile il faut ſuivre, & il répond que c'eſt celui des pere & mere, & non du tuteur.

Il obſerve que le domicile ſe conſtitue en quatre manieres, par la naiſſance, par le choix, par la convention, & enfin par la néceſſité d'une charge, ou d'un emploi.

Et dans l'eſpece propoſée, il dit que le mineur ne peut avoir eu d'autre domicile à ſon décès, que celui qu'avoient ſes pere & mere : car étant impubere, il n'eſt pas dans le cas de faire un choix ; il ne peut non plus convenir d'un autre domicile, & n'eſt pas en état d'être dans des fonctions publiques.

Mais M. Maillard, ſur *l'art.* 152 *de la Coutume d'Artois, édition de* 1739, *n.* 38 *& ſuivants*, nous annonce une Juriſprudence un peu différente qu'il dit être ce qu'il y a de certain en cette matiere : 1°. les biens des mineurs ne changent pas de nature pendant leur minorité. 2°. Le perſonnel eſt réglé par la Loi du domicile principal que le pere avoit au jour de ſa mort : (M. Maillard ne diſtingue, ni le cas du mariage, ni aucun autre cas.) 3°. La mere même tutrice ne peut intervertir cette Loi perſonnelle, en transférant ſon domicile d'une Coutume en une autre. 4°. Le réel ſuit les Coutumes de la ſituation. 5°. C'eſt ſi bien le domicile principal du pere qui fixe la perſonnalité du mineur, que ſi la mere décede en une Coutume, & que le pere transfere ſon domicile principal en une autre Coutume, le Juge de ce dernier domicile ſera celui de la tutele.

Au ſurplus, ce que nous diſons ici pour le cas de la ſucceſſion mobiliaire *ab inteſtat*, doit-il avoir lieu pour le cas d'un teſtament ? S'il s'agiſſoit, par exemple, de ſavoir ſi le mineur incapable de teſter par la Loi de ſon domicile de droit, le pourroit en vertu de la Loi de ſon domicile de fait. L'Auteur des Obſervations ſur Henrys, obſerve *loco citato*, que ſi des enfants mineurs ſont mis ſous la tutele d'un Lyonnois, ils pourront faire un teſtament, lorſqu'ils ſeront parvenus à la puberté, parce que les mineurs ſuivent, à cet égard, le domicile de leur tuteur. Il dit qu'il l'a ainſi décidé en conſultation, avec M. Severt, pour le teſtament du ſieur de Servieres, fait à l'âge de dix-huit ans. Son pere s'étoit marié & établi à Paris : après ſon décès & celui de ſa femme, ſes enfants, qui étoient en bas âge, furent mis ſous la tutele de Charles Groſſier, leur oncle pater-

nel, domicilié en Lyonnois. Le sieur de Servieres fils, avant que de partir pour l'armée, où il fut tué, fit son testament au profit d'une de ses sœurs : il fut contesté par une autre sœur, & la décision fut pour le testament.

M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 4, n'adopte pas cette décision, & j'avoue qu'elle n'est pas sans difficulté.

En effet, puisque la Loi détermine le domicile du mineur, par le domicile du pere, je parle d'un mineur non établi, pourquoi lui donner deux domiciles, l'un pour régler sa succession mobiliaire, & l'autre pour régler sa capacité personnelle de tester ? Il n'y a, comme nous venons de le dire, que le domicile de la personne qui puisse rendre capable celui qui est incapable ; & puisque le domicile du mineur est fixé au domicile du pere, comment celui de fait, qu'il peut avoir par-tout ailleurs, peut-il affecter sa personne, préférablement à son domicile de droit qui est nécessairement, selon la Loi, son vrai domicile ?

D'ailleurs un testament apporte toujours un changement dans la succession légale du testateur, & la Loi du domicile de droit qu'a le mineur, ne lui permet pas de disposer de ses biens, & de changer rien dans sa succession.

Mais pour le soutien de la décision de MM. Severt & Bretonnier, deux savants Consultants, ne peut-on pas répondre que le mineur est dans son devoir, quand il demeure avec son tuteur qui est chargé de son éducation, qu'il y demeure nécessairement & sans fraude ?

A la bonne heure que le domicile de son pere regle sa succession *ab intestat ;* c'est l'intérêt des héritiers qui l'a voulu ainsi, & c'est pour cela qu'il retient le domicile de son pere. Mais si le mariage, si l'émancipation permettent à un mineur de changer de domicile, comme en convient M. Bouhier lui-même, & que dans ce cas, le mineur puisse tester conformément à la Loi du domicile qu'il s'est choisi, pourquoi ne veut-on pas pareille chose dans le cas où le mineur passe, par nécessité, & sans fraude, dans le domicile de son tuteur ?

Il est vrai que dans le cas du mariage & de l'émancipation, la succession mobiliaire de ce mineur se réglera par la Loi de son domicile de choix, & que je n'en dirai pas de même par rapport à un mineur qui n'est ni marié, ni émancipé ; mais ce que je ne dirai pas pour le cas de la succession *ab intestat,* parce qu'il y a une Jurisprudence formée à cet égard, je puis le dire pour le

cas du teſtament, parce que la Loi n'a rien décidé là-deſſus, & qu'il ſemble juſte de laiſſer à un mineur, que la mort prévient, une capacité que lui donne la Loi où il demeure actuellement, ſans fraude.

Néanmoins le premier avis me paroît le meilleur : un mineur hors le domicile de ſon pere, avec ſon tuteur, habite avec lui ; mais il n'eſt pas proprement domicilié avec lui : il ſéjourne en attendant ſa majorité ; c'eſt un plaideur qui attend là que le temps lui faſſe gagner ſon procès.

Enfin, quant au domicile pour contracter mariage, nous avons, à cet égard, l'Ordonnance de 1697, qui fixe le domicile des filles, ou fils de famille mineurs de vingt-cinq ans, pour la célébration de leur mariage, au domicile des pere & mere, ou de leur tuteur, ou curateur, après la mort de leurſdits pere & mere ; & s'ils avoient un autre domicile de fait, en ce cas les bans doivent être publiés dans les Paroiſſes où ils demeurent, & dans celles de leurs pere & mere, tuteur, ou curateur ; il eſt intervenu depuis, en 1707, un Arrêt conforme, le 19 Mai. V. *Journal des Audiences.*

CHAPITRE II.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

De la diverſité des Loix, en ce qui concerne les Statuts purs réels, pour le cas où il y a changement de domicile.

SOMMAIRE.

I. *Le droit de nous ſuccéder* ab inteſtat, *change en même-temps que nous changeons de domicile.*

II. *Un pere domicilié en Hollande, ayant appris la mort de ſa femme, mene ſon fils demeurer auec lui à Utrecht : ſuccédera-t-il à ſon fils, ſelon les Loix de Hollande, ou celles d'Utrecht?*

III. *Que faudra-t-il décider ſi ce changement de domicile eſt fait dans le deſſein de changer l'ordre de la ſucceſſion ?*

IL faut préſentement examiner ce que nous devons penſer dans le cas du changement de domicile, par rapport aux Statuts réels; &, premiérement, parlons des Statuts qui ſont purs réels, & qui n'exigent pas l'acte & le concours de l'homme, tels que nous avons dit qu'étoient les Statuts qui diſpoſent de la maniere & de l'ordre de ſuccéder. Il n'eſt pas queſtion ici du droit de ſuccéder à des immeubles qui ſont toujours régis par la Loi de la ſituation, mais ſeulement du droit de ſuccéder à des meubles qui n'ayant point d'aſſiette dans un lieu, ſuivent la perſonne, & ſont régis par les Loix de ſon domicile : c'eſt pourquoi feignons une eſpece. Si un Habitant de Hollande vient demeurer à Utrecht, il eſt bien certain qu'en changeant ainſi de domicile, il change l'ordre de ſa ſucceſſion *ab inteſtat;* en ſorte que ſi auparavant, il habitoit la partie de Hollande, où, par la diſpoſition des Loix, les freres & ſœurs du défunt ſont appellés à ſa ſucceſſion, à l'excluſion des pere & mere, & où les petits-fils d'un frere, par droit de repréſentation, concourent avec le fils d'un autre frere, il arrivera, qu'à raiſon des Loix du nouveau domicile, ſes pere & mere lui

ſuccéderont, ou que les enfants du frere exclueront les petits-enfants d'un autre frere, comme étant plus éloignés. Il ne ſera pas hors de propos de diſcuter ici une queſtion qui a été agitée ces jours paſſés en notre Cour.

Un mari, après le décès de ſa femme, vient de Hollande demeurer à Utrecht, avec un enfant qu'il avoit eu d'elle. Cet enfant, après avoir été élevé quelques années dans la maiſon de ſon pere, y décede; ſes parents maternels demandoient la ſucceſſion, ſuivant les Loix de Hollande; le pere, au contraire, prétendoit que la ſucceſſion de ſon fils lui appartenoit en vertu de la Loi d'Utrecht. Le point de la difficulté conſiſtoit à fixer le domicile du fils. Falloit-il le fixer où ſa mere étoit décédée? Falloit-il le fixer où il étoit décédé lui-même? Il paroiſſoit d'abord aſſez naturel de dire que le fils étant enfant, & n'ayant pas la liberté de contracter, n'avoit pas pu ſe former un domicile, ainſi que le prouve parfaitement Mornac *ad tit. C. ubi de hæreditate.* Mais comme le tuteur peut contracter pour ſon mineur, voyons s'il ne pourroit pas auſſi lui acquérir un nouveau domicile: il eſt plus de la regle de dire qu'il le peut, parce que nous ne voyons pas que cela ait jamais été défendu aux tuteurs: c'eſt pourquoi Burgundus cite très-à-propos Barthole, qui a penſé que le mineur a ſon domicile où demeurent ſes tuteurs, ſoit qu'il y demeure avec eux, ſoit qu'il demeure ailleurs, *tract.* 2, vers la fin.

Je voudrois néanmoins excepter le cas de la fraude, comme ſi le tuteur avoit changé de domicile, dans l'intention d'intervertir l'ordre de la ſucceſſion de ſon mineur, & en fruſtrer ceux qui devoient naturellement lui ſuccéder, ou dans l'intention d'en profiter lui-même, le voyant moribond, ou très-valétudinaire; ce que l'on peut prouver par ſoupçon & par conjecture, ainſi que de l'aveu de tous les Auteurs, cette preuve eſt admiſe dans toute matiere ſuſceptible de fraude. Vames, *cent.* 5, *conſ.* 41, *n.* 5, en rapporte les autorités, auſſi-bien que Mantica, *de conject. ultim. lib.* 10, *tit.* 4, *n.* 9: car, dans ce cas, ce ſeront les Loix du domicile où les pere & mere ſeront décédés, qu'il faudra ſuivre, & il ne faudra pas obſerver celles du nouveau domicile, que le tuteur aura choiſi, & où le mineur ſera décédé; & c'eſt de ce cas que Mornac, dans l'endroit ci-deſſus, a prétendu parler. C'eſt pourquoi, dans l'eſpece propoſée ci-devant, comme le pere, après l'expi-

ration de ſon bail, avoit été obligé de quitter une ferme qu'il avoit priſe en Hollande, pour ſe retirer à Utrecht, & y faire valoir un bien qu'il avoit; que d'ailleurs pendant pluſieurs années que l'enfant avoit demeuré en cette ville, il avoit paru plein de ſanté & devoir vivre long-temps, en ſorte qu'on ne pouvoit pas ſoupçonner que le pere eût eu intention de frauder les héritiers maternels; il s'enſuivoit aſſez volontiers de tous ces faits, que ce fils mineur avoit eu ſon domicile à Utrecht, où il avoit demeuré, juſqu'au moment de ſon décès, avec ſon pere qui étoit encore ſon tuteur, & ce, ſans contradiction de la part des autres tuteurs de ce mineur.

OBSERVATION

OBSERVATION XXXIII.

RODENBURGH agite, dans ce Chapitre, quel eſt l'effet que le changement de domicile peut opérer ſur les biens.

Il borne ſa Diſſertation aux Statuts réels qui n'exigent point le concours & l'opération de l'homme ; & de tous ces Statuts, il ne traite que de celui qui regle les ſucceſſions.

Comme la ſucceſſion d'un homme eſt ordinairement compoſée de meubles & immeubles, notre Auteur décide qu'à l'égard des immeubles, le changement de domicile ne change en rien le partage de ces immeubles, parce qu'ils ſont toujours régis par les Loix de la ſituation. C'eſt pourquoi, pour ſuccéder aux propres dans la Coutume de Paris, il faudra indépendamment de tout domicile, être parent du défunt le plus proche du côté & ligne de l'acquéreur, parce que telle eſt la diſpoſition de cette Coutume, *art.* 326, ſans que le pere qui a épouſé ſa parente, puiſſe ſuccéder aux propres de ſon fils, quoique pere, & parent du côté & ligne de l'acquéreur, quand ce fils laiſſe d'ailleurs des parents plus proches de l'acquéreur de ce même côté & ligne : car, en ce cas, le pere eſt bien le plus proche parent de ſon fils, & même parent de côté & ligne de l'acquéreur, mais quoique parent du côté & ligne de l'acquéreur, il n'eſt pas le plus proche parent dans ce côté & ligne, ſuivant l'Arrêt de Réglement rendu en la Grand'Chambre du Parlement, du 3 Septembre 1734.

Quant aux meubles, il eſtime qu'ayant leur aſſiette dans le domicile de la perſonne, ils ſuivent, dans les ſucceſſions, le dernier domicile *de cujus.*

Ce que notre Auteur dit par rapport aux immeubles qui ſe trouvent dans les ſucceſſions, & qui ſont toujours régis par les Loix de la ſituation, peut s'appliquer à toutes ſortes de droits purs réels, & qui ſont à prendre ſur certains fonds, comme ſont les cens, rentes foncieres, les droits d'uſufruit, &c.

Par exemple, un homme ſe marie ſans contrat ; dès ce moment la femme a pour douaire la portion que la Loi de la ſituation des biens de ſon mari donne aux femmes mariées, & cette Loi agit à l'inſtant de la célébration de mariage, ſans autre acte & autre concours de l'homme.

Que, depuis le mariage, le mari change, ou ne change pas de domicile, le douaire de la femme eſt toujours le même ſur les biens qui en ont été une fois affectés; & ſi le mari vend quelqu'un des biens chargés du douaire, la femme pourra, arrivant le décès de ſon mari, aſſigner les acquéreurs, à l'effet de la laiſſer jouir de ſon douaire; & ſi le douaire eſt propre aux enfants, ils pourront aſſigner en déſiſtement des héritages, & ce, nonobſtant le décret qu'auroient pu faire les acquéreurs, parce que le décret, dans nos mœurs, ne ſauroit purger le douaire non ouvert, l'action n'étant accordée & acquiſe que par le décès du pere, & non avant: il faut en excepter le douaire qui eſt à prendre ſur des offices que le ſceau purge, encore que non ouvert. Arrêt du 11 Juillet 1702, au rapport de M. Bruneau.

Par la ſuite des mêmes principes de réalité, un homme, qui épouſe une femme, ayant des biens en Normandie, & qui a d'elle un enfant né vif, jouira à titre de viduité, après le décès de ſa femme, des biens ſitués en Normandie, ſoit qu'il y demeure, ſoit qu'il n'y demeure pas, ſoit qu'y ayant été domicilié, il ait changé, ou non de domicile.

C'eſt par la même raiſon qu'un pere pourra, à titre de puiſſance paternelle, jouir des biens de ſon fils, ſitués dans les Coutumes qui lui donnent ce droit.

La raiſon eſt que ces droits de viduité & de puiſſance paternelle, ceux de douaire coutumier (on peut mettre, généralement parlant, dans la même claſſe ceux de garde-noble, ou bourgeoiſe,) ſont tous droits réels qui ſont indépendants du domicile, & que les Loix de la ſituation donnent de leur autorité.

Mais par rapport aux meubles, le changement de domicile peut opérer un grand changement dans la déciſion: car, par exemple, nous avons des Coutumes qui admettent le double lien; c'eſt-à-dire, qui préferent les freres & les ſœurs de pere & de mere, appellés freres-germains, à ceux qui ne ſont freres & ſœurs que de pere, appellés conſanguins, ou qui ne le ſont que de mere, appellés freres utérins. Un homme qui a des freres-germains, & qui demeure dans une Coutume de double lien, aura pour héritiers de tous ſes meubles, ſes freres & ſœurs germains, à l'excluſion de tous les autres.

Que ſi cet homme change de domicile, & va demeurer dans

une Coutume qui ne reconnoît pas le double lien, pour lors tous ſes freres & ſœurs indiſtinctement lui ſuccéderont quant aux meubles.

Un homme demeure dans une Coutume où l'héritier des meubles eſt chargé de toutes les dettes mobiliaires; s'il décede, ſon héritier mobilier paiera toutes les dettes mobiliaires; s'il change de domicile, & qu'il aille demeurer dans une Coutume de contribution, ces dettes ſe contribueront entre tous les héritiers mobiliers & immobiliers.

Nous avons quelques Coutumes qui, en fait de ſucceſſion, mobiliſent certains immeubles, & qui les réputent meubles, encore qu'ils ſoient inhérents & acceſſoires à des immeubles, & cela pour les donner aux héritiers des meubles, à l'excluſion de tous autres: telle eſt la Coutume d'Artois, celle de Lille, celle de Saint-Pol, &c. Ces ſortes d'immeubles ainſi mobiliſés, ſont appellés biens cateux, comme qui diroit biens caducs, parce qu'ils n'ont pas de durée permanente, comme les vrais fonds de terre, & qu'ils peuvent être détruits par un incendie, par une irruption de gens de guerre, ou autrement. C'eſt la raiſon alléguée par Knobbaert ſur la Coutume de Gand, *art.* 5 *de la rub.* 4, *obſ.* 3, *verb.* biens cateux. *Quid cauſæ eſt cur arbores & fructus inhærentes ſolo inter mobilia bona computentur, utique non aliâ quàm quod facili, vel unicâ militum cohorte Domino ſuo eripiantur. Cur ædificia Gandavi immobilium naturam non induunt, hoc ſolum ex capite quod candela negligentiùs aſſervata, aut contempta ſcintilla in cineres ea poſſit redigere & eripere Domino.* Ces biens cateux, réputés meubles, appartiennent, dans la Coutume d'Artois, à l'héritier des meubles, en matiere de ſucceſſion, dit *l'art.* 146 de cette Coutume: *cateux ſortiſſent nature de meubles.* L'Article 9 du titre des Succeſſions de la Châtellenie de Lille, porte: *Que biens meubles & réputés pour meubles* (& tels ſont les cateux) *ſuivent le corps & ſe partiſſent ſuivant la Coutume du lieu de la maiſon mortuaire;* mais ces biens cateux, quoique réputés meubles, ſont d'ailleurs régis par la Coutume où ils ſont ſitués. Voyez M. Maillard, ſur *l'art.* 146 & 187 *de la Coutume d'Artois.*

Il faut encore obſerver que dans ces Coutumes, l'héritier des meubles eſt obligé de payer toutes les dettes mobiliaires; c'eſt la diſpoſition de *l'art.* 16 des Succeſſions de la Châtellenie de Lille. »Les héritiers d'un trépaſſé ſont tenus & pourſuivables,

» chacun pour le tout, au paiement & fournissement des det-
» tes, charges & obligations valablement faites & contractées
» par ledit trépassé. Néanmoins les hoirs mobiliers, & chacun
» pour le tout, sont tenus en acquitter les héritiers, ou héritiers
» héréditaires d'icelui trépassé; de même dans la Coutume d'Ar-
» tois, *art.* 187, héritiers d'un trépassé mobilier, sont capables
» des dettes & contrats du trépassé.

His positis, un homme a des biens cateux, d'une part, & de véritables immeubles, d'autre, situés dans ces Coutumes d'Artois & autres semblables. Il décede domicilié dans une Coutume de contribution, où il a aussi quantité de meubles effectifs, avec des immeubles; il laisse différents héritiers: il est certain d'abord que l'héritier du domicile qui emporte les meubles, emportera ces biens cateux, réputés meubles. Tel est le droit de ces Coutumes.

Il est certain, en second lieu, que les dettes du défunt doivent être payées par contribution; puisqu'il est mort en Coutumes de contribution; mais cet héritier des meubles & biens cateux, pourra-t-il prétendre n'être obligé que de contribuer aux dettes mobiliaires, conformément à la Coutume du domicile du défunt; de sorte que celui des parents qui recueillera des immeubles réels dans les Coutumes d'Artois & autres, soit tenu de contribuer à ces dettes mobiliaires, jusqu'à concurrence des immeubles qu'il y prend, sans recours contre celui qui prend les cateux? Ou bien l'héritier qui recueillera ces biens cateux, devra-t-il acquitter l'héritier qui recueillera des immeubles véritables dans la même Coutume, de la portion des dettes mobiliaires que les biens de ces Coutumes doivent supporter, en supposant la contribution?

La question s'en est présentée au Parlement de Paris, en la Grand'Chambre, le 12 Août 1724, dans l'espece ci-après.

M. le Duc de Melun mourut sans enfants en 1724; il laissa pour héritiers les Princes & Princesses de Soubise, enfants de sa sœur; il avoit fait un testament, & nommé le Comte de Melun son légataire universel.

Son domicile étoit à Paris, & ses biens étoient répandus, entre autres, dans la Coutume d'Artois, où il avoit des biens cateux & des immeubles véritables. Il s'éleva entre M. le Comte de Melun, légataire universel, d'une part, & les héritiers du Duc de Melun, d'autre, la question de savoir comment les

dettes du Duc ſe paieroient par rapport aux biens cateux ſitués dans la Coutume d'Artois.

M. le Comte de Melun prétendoit que la ſucceſſion de M. le Duc étant ouverte à Paris, qui eſt une Coutume de contribution entre tous les héritiers, & où l'héritier des meubles n'eſt point tenu d'acquitter l'héritier des immeubles, on ne pouvoit l'obliger qu'à contribuer aux dettes, juſqu'à concurrence de ce qu'il amenderoit, & qu'il n'étoit nullement tenu, quoique prenant les cateux en Artois, d'acquitter l'héritier qui prenoit les immeubles dans cette même Coutume.

M. le Prince de Rohan, de ſa part, qui prenoit des propres dans la Coutume d'Artois, ſoutenoit que M. le Comte de Melun devoit, comme héritier des biens cateux, acquitter toutes les dettes mobiliaires dont les biens d'Artois ſeroient tenus dans la contribution générale.

M. Maillard, en ſes Notes, ſur la Coutume d'Artois, avoit prévu préciſément la difficulté. Il obſerve d'abord, ſur *l'art.* 146, que la diſpoſition de cette Coutume doit être reſtreinte au ſeul cas qu'elle exprime, qui eſt celui de la ſucceſſion; d'où il ſuit, ajoute-t-il, que ce raiſonnement eſt juſte. Les cateux ſont meubles en matiere de ſucceſſion; donc ils reſtent immeubles en toute autre matiere.

Mais quoique meubles en matiere de ſucceſſion, il dit, ſur l'*art.* 152, que les biens cateux étant de véritables immeubles, que la Coutume de la ſituation ne défere que comme meubles, à certaines perſonnes, & pour certains effets, ils conſervent toujours leur qualité naturelle d'immeubles dans tout le reſte; que ces cateux ſont chargés des dettes dont les biens d'Artois ſont tenus, quand même le défunt ſeroit décédé dans une Coutume où les meubles & les immeubles contribuent aux dettes.

Je citois un jour cet endroit à un de nos anciens Confreres, en parlant de la queſtion même qui s'étoit élevée dans la ſucceſſion de M. le Duc de Melun, & il m'objecta que M. Maillard ſe contrediſoit ſur l'*art.* 187, où il dit que la ſucceſſion mobiliaire active & paſſive d'un homme décédé en Artois, doit être réglée par la Coutume d'Artois; au lieu que ſi la ſucceſſion mobiliaire étoit ouverte ailleurs qu'en Artois, elle ſeroit réglée activement & paſſivement par la Coutume du domicile.

Je lui fis obſerver que, dans ce dernier endroit, M. Maillard

parloit des véritables meubles naturels, & que, dans cette these, il étoit vrai que ces sortes de meubles suivoient la Coutume du domicile ; mais que, dans le premier endroit, il parloit des biens cateux qui, de leur nature, sont immeubles, ou principaux, ou accessoires, & qui ne sont réputés meubles que par fiction ; qu'aussi M. Maillard leur donnoit une assiette en Artois, & non l'assiette du domicile, & les faisoit toujours régir par la Coutume d'Artois, ce qui levoit la contradiction opposée.

En effet, M. Maillard, sur *l'art.* 146, *n.* 7 de l'ancienne édition, & *n.* 10 de l'édition de 1739, dit précisément que le partage des cateux se regle dans la succession, selon la Coutume de leur situation, & non pas selon celle du domicile du défunt.

Au moyen de ce, il faut dire que la Coutume d'Artois régissant toujours les cateux, quoique mobilisés, & la Coutume, en les mobilisant, les assujettissant aux dettes du défunt, l'héritier qui recueille les cateux en vertu de la Coutume d'Artois, tout mobilisés qu'ils sont, doit nécessairement payer les dettes dont il est chargé par cette Coutume, ne pouvant diviser la charge, du bénéfice.

Ainsi, dans l'opération, les cateux d'Artois doivent toujours être rangés dans la classe des biens d'Artois, pour acquitter les immeubles réels de la même Coutume, des dettes dont cette Coutume charge les cateux.

Cette difficulté née dans la succession de M. le Duc de Melun, fut portée aux Requêtes du Palais, où M. le Prince de Rohan, héritier des propres d'Artois, obtint à ses fins.

Il y eut appel de cette Sentence ; mais depuis il se répandit au Palais, que les Parties avoient transigé entre elles ; & comme pour lors je travaillois à mes Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des Loix & des Coutumes, je crus que l'affaire étant accommodée, je pouvois dire ce que je pensois sur la question, & j'embrassai, en ma *Question* 22, la décision de Messieurs des Requêtes du Palais : fondé en cela, sur la raison de M. Maillard, qui me parut vraie & décisive, qui est que les biens cateux ne sont meubles que par fiction, par conséquent immeubles en eux-mêmes ; que comme immeubles, on ne peut pas leur donner d'autre assiette, que l'endroit du lieu ; & qu'étant assis réellement dans le lieu, il n'étoit pas

poſſible encore de les faire régir par d'autres Loix; qu'ainſi la Loi du lieu de l'aſſiette faiſant une fiction, cette fiction devoit avoir ſon exécution; mais que cette même Loi aſſujettiſſant ces biens cateux aux dettes, ſuivant *l'art.* 187, on ne pouvoit plus diviſer la fiction d'avec la charge.

Ainſi dans la theſe générale, les meubles ſuivent le domicile; mais cela s'entend des meubles réels, & non des immeubles qui ne ſont meubles que par fiction, qui nonobſtant la fiction, ne perdent pas leur aſſiette naturelle, & ne ſauroient en avoir d'autres que celle qu'ils ont par eux-mêmes, du moins dans la Coutume d'Artois.

Cette affaire que l'on m'avoit dit être accommodée, ſe trouva par la ſuite ne pas l'être. Si je l'avois ſu, j'aurois attendu, avec reſpect, la déciſion de la Cour, & je n'aurois pas pris la liberté de m'expliquer.

Enfin l'appel fut porté en la Grand'Chambre. M. le Comte de Melun n'oublia rien pour donner du poids à ſa prétention; il fit conſulter l'affaire aux Avocats du Parlement de Flandres, d'Ypres, de Malines, de Lille & d'Arras, qui tous décidoient en ſa faveur.

Toutes ces Conſultations rouloient ſur un point qui eſt que les biens cateux étant réputés meubles, il falloit leur appliquer toutes les diſpoſitions qui ont coutume de s'appliquer aux meubles, & que le principe eſt que les meubles ſont régis par la Loi du domicile; en ſorte que ces Conſultants vouloient qu'il en fût des immeubles cateux réputés meubles par la Loi, comme des meubles effectifs.

Cependant comment diviſer la Loi, & comment étendre la fiction? La Loi répute meubles certains immeubles cateux; mais en même-temps elle les charge des dettes mobiliaires. Peut-on profiter de la fiction, & ne pas ſubir la charge de la fiction? Je m'étois déterminé par ces raiſons.

L'affaire fut parfaitement diſcutée en la Grand'Chambre; les Conſultations qui avoient été diſtribuées abondamment, y furent ſans doute bien peſées; & néanmoins, le 12 Août 1734, ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général Chauvelin, il intervint l'Arrêt contraire à ces Conſultations, qui confirma la Sentence de Meſſieurs des Requêtes du Palais.

Ainſi il y a deux choſes à obſerver par rapport aux cateux en la Coutume d'Artois. La premiere eſt qu'il faut renfermer la

fiction de la Coutume dans ſon cas, qui eſt celui de la ſucceſſion ſeulement, & que hors le cas de la ſucceſſion, les cateux ſont immeubles ſujets au retrait lignager, aux hypotheques, même aux ſubſtitutions, ſuivant l'Article 2 de l'Ordonnance des Subſtitutions, &c. « Par ainſi, dit Bauduin, *art.* 146 de cette » Coutume, la veuve, après le trépas de ſon mari, n'a aucun droit » eſdits cateux, à l'encontre de ſes enfants, ou autres héritiers; » & par une Note anonyme que nous a conſervée M. Maillard, il eſt porté que ſi le teſtateur légatoit tous ſes meubles, les cateux n'y ſeroient compris, comme j'ai obtenu, (eſt-il dit dans cette Note), par Sentence à la Gouvernance d'Arras, pour les cateux de Duiſant. Que ces cateux, quoique mobiliſés en fait de ſucceſſion, ſont toujours régis par la Coutume de leur ſituation, d'où M. Maillard conclut que la repréſentation n'aura pas lieu dans la ſucceſſion des cateux d'Artois, quand même elle auroit lieu dans la Coutume du domicile du défunt, *art.* 152, *n.* 5.

M. Pollet, en ſes Arrêts de Flandres, *part.* 2, *chap.* 1, obſerve que la puiſſance des Coutumes, en ce qui concerne les biens immeubles, eſt borné par leur territoire; & ſi la Coutume de la ſituation les répute meubles, c'eſt pour certains effets qui lui ſont particuliers, & nullement pour les aſſujettir à une Coutume étrangere. Voyez auſſi M. Pinault, en ſes Arrêts de Tournay, *chap.* 293.

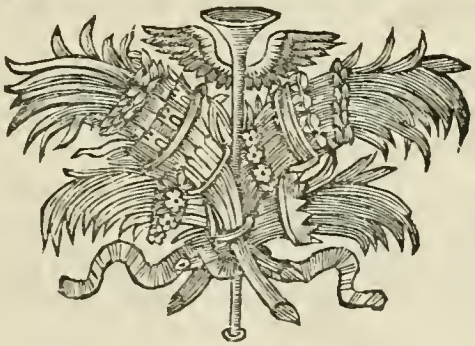
Ainſi, dans toutes ces Coutumes, il y a deux ſortes de meubles; les uns qui ſont eſſentiellement meubles, & les autres eſſentiellement immeubles, mais réputés meubles par fiction. Les premiers ſuivent le corps, & ſont, par leur mobilité, regardés comme attachés au corps, & les autres, comme immeubles, ſuivent la Loi de la ſituation, excepté pour tous les cas où la Loi, par fiction, les répute meubles; & comme ils ne ſont tels que par une fiction légale, on ne peut diviſer la fiction, l'exécuter en partie, & la rejetter en partie.

Il y a pareillement dans la Coutume de Metz une fiction qui mobiliſe les immeubles. Dans cette Coutume, *titre* 5 de la différence des biens meubles, immeubles & de gagiere, *art.* 1 *& ſuiv.* il y a deux ſortes d'immeubles, des immeubles très-fonds & des immeubles gagieres : ces deux ſortes d'immeubles ſont de véritables immeubles en eux-mêmes, & par leur nature; mais ils deviennent meubles par fiction, en employant dans

dans le contrat de vente, le terme de gagiere; en ſorte que celui qui achete un immeuble très-fonds, le rend meuble pour le cas de donation, de teſtament, de ſucceſſion.

Si un homme achete à Paris, ou par-tout ailleurs que dans la Ville de Metz, un immeuble très-fonds ſitué dans cette Coutume, il faudra néceſſairement, s'il veut le rendre meuble, qu'il l'acquiere nommément, pour le poſſéder à titre de gagiere, parce que cette expreſſion affecte néceſſairement l'héritage, & eſt une formalité réelle, à l'exemple des expreſſions réelles qu'il faut employer dans les retraits féodaux & lignagers, ſuivant les différentes Coutumes où les héritages ſont ſitués.

Si l'on veut pleinement s'inſtruire de l'effet des gagieres, il faut conſulter la ſavante Diſſertation de M. Ancillo, en ſon Traité de la différence des biens meubles & immeubles de fonds & de gagieres dans la Coutume de Metz, imprimé en 1698, & le Commentaire ſur cette Coutume, imprimé à Metz en 1730.



* Traduit du Latin de Rodenburgh.

CHAPITRE III. *

De la diverſité des Loix, par rapport aux ſolemnités que l'homme doit obſerver dans les actes.

SOMMAIRE.

I. *Le changement de domicile n'aſſujettit pas aux nouvelles ſolemnités du lieu, quand un acte a été paſſé ſuivant les formalités de l'ancien domicile.*

II. *Que faut-il dire d'un teſtament paſſé dans le premier domicile, ſuivant un droit ſingulier, & non ſelon le droit général & ordinaire?*

CE que nous venons de dire regarde les Statuts réels qui ont leur effet, ſans qu'il intervienne aucun acte de l'homme. Paſſons à ceux où l'acte de l'homme doit intervenir. Nous avons dit qu'il y avoit deux ſortes de Statuts; les uns concernant les ſolemnités, & les autres, le fonds & la ſubſtance des actes.

Il n'eſt pas néceſſaire de s'étendre beaucoup ſur les premiers; & comme les principes ſont certains, nous en dirons peu de choſe dans ce Chapitre; mais nous parlerons plus amplement des ſeconds dans le Chapitre ſuivant; ce que nous avons à dire, quant à préſent, dépend de ce que nous avons diſcuté ci-devant très-abondamment, *part.* 1, *chap.* 3, qui eſt que par rapport aux ſolemnités des actes, il faut obſerver celles qui ſont preſcrites par la Loi du lieu où ces actes ſe paſſent, encore que dans le lieu du domicile, ou de la ſituation de la choſe, on obſerve, pour ces mêmes actes, d'autres formalités; & ſi je rebattois encore ces principes, ce ſeroit traiter deux fois la même choſe.

Je paſſe donc à une autre queſtion, & je demande ſi le changement du domicile, depuis l'acte valablement fait, pourroit donner atteinte à cet acte, & il faut répondre que non: car de même qu'il eſt permis de contracter hors de ſon domicile, ſelon la forme obſervée dans le lieu du contrat, & que ce con-

trat, valable dans ſa forme, ne ceſſera pas d'être valable, quoique vous ſoyez retourné chez vous, comme nous l'avons prouvé ci-devant; il faut dire de même, que le contrat que vous auriez paſſé dans le lieu de votre domicile, ne laiſſera pas de ſubſiſter, encore que vous alliez demeurer dans un endroit où les formalités ſont toutes différentes.

L'on peut tirer de fort bons moyens pour le ſoutien de cette propoſition, de ce que dit Peckius, *de teſt. lib.* 4, *cap.* 25. C'eſt pourquoi il faut décider que le teſtament d'un Hollandois, fait en Hollande, & qui depuis change de domicile, & s'en vient demeurer & mourir à Utrecht, ne ceſſe pas de valoir, encore que ce Hollandois n'ait pas obtenu de Lettres pour teſter, leſquelles ſont de néceſſité chez nous, parce que ces Lettres ſont de formalité, comme nous avons dit ailleurs, & ces principes généraux ont lieu en matiere de teſtaments faits par gens non privilégiés.

Dirons-nous le contraire par rapport aux teſtaments privilégiés? c'eſt ce que l'on n'eſtime pas. Suppoſons, en effet, qu'un Payſan ait fait, dans ſon Village, un teſtament en préſence de cinq témoins, ſuivant la Loi derniere, *C. de teſt.* qu'enſuite il vienne demeurer en la Ville où l'on teſte ſuivant le Droit commun, ſon teſtament ne ſera pas annullé pour cela; mais il ſubſiſtera dans toute ſa force; étant de maxime que les choſes qui ont été, dans leur principe, valablement faites, continuent de valoir par la ſuite, encore qu'il ſurvienne quelque événement qui en eût empêché la validité, s'il étoit ſurvenu pour lors, *L.* 85, §. 1.

Quant aux privileges accordés parmi nous au teſtament du Soldat, & de celui qui teſte en Pays ennemi, avec les formes preſcrites pour les teſtaments militaires, il n'en eſt pas queſtion dans ce chapitre: car en ce qui touche ces ſortes de teſtaments, la difficulté ne ſauroit être de ſavoir ſi par le changement de domicile du Soldat, ſon teſtament fait militairement, eſt annullé; mais toute la queſtion doit ſe renfermer à ſavoir ſi ce teſtament peut ſubſiſter depuis que le teſtateur n'eſt plus chez l'ennemi, ou que le Soldat a reçu ſon congé.

OBSERVATION XXXIV.

RODENBURGH, dans le présent Chapitre, traite la question de savoir, si en changeant de domicile, un acte revêtu de ses formes peut recevoir quelque atteinte, ou même être annullé sur le fondement que dans le lieu du nouveau domicile, il y a d'autres formalités requises.

Avant que de décider cette question, il répete ce qu'il avoit dit, *part.* 1, *ch.* 3, qui est que par rapport aux solemnités des actes, il faut observer celles qui sont prescrites par la Loi du lieu où les actes se passent; en sorte que, ni la Loi du domicile, ni la Loi de la situation n'influent pas sur les formalités des actes, comme Loi du domicile, ou comme Loi de la situation, mais comme Loi du lieu où l'acte a été passé, lorsque les parties y ont contracté.

Après ces principes préliminaires, notre Auteur décide qu'un acte revêtu des formes du lieu où il a été passé, subsiste nonobstant tout changement de domicile.

La raison qu'il en donne est très-décisive : tout le monde, dit-il, convient qu'un homme ayant contracté hors son domicile, suivant la formalité du lieu où l'acte se passe, étant revenu chez lui, cet acte n'en est pas moins valable, quoique les formalités de son domicile soient différentes : d'où il suit, à plus forte raison, qu'un acte fait dans le lieu du domicile, suivant les formalités du lieu, ne sauroit souffrir d'atteinte, sous prétexte que celui qui l'a passé, va depuis demeurer ailleurs où les formalités ne sont pas les mêmes, & notre Auteur fait une application de cette décision aux testaments.

Le principe sur la question générale est que *jus probationis oritur à principio, unde postea ex quo jus est ortum non tollitur mutatione loci*, Bald. C. de summ. Trinit. n. 81.

En effet, il n'est ici question que de l'effet de la preuve & de l'authenticité de l'acte. Or cet effet *inest suæ causæ, & titulo, & tunc sicut titulus est utilis, ita effectus est indivisibilis*, Bald. eod. loc.

Hertius, *sect.* 4, *n.* 25, agite précisément la question dans le cas d'un testament. *Caius testamentum secundùm domicilii Le-*

ges fecit ; ſed in alium poſtea locum transferi domicilium, ibique diem obit, ubi aliis vivitur. Il obſerve que Bachovius, *ad treutler. vol.* 2, 16, §. 6, *B.* eſt d'avis que le teſtament en queſtion ne ſauroit ſubſiſter. *Eo quod teſtamentum in eum inciderit caſum, à quo incipere non potuit,* L. 140, ff. *de verbor. obligat.* mais il ajoute auſſi-tôt que ce ſentiment ne lui paroît pas bon, & qu'il eſt d'un avis contraire : *mihi contrarium placet quod teſtamentum fuit perfectum ut ubique locorum valere poſſit, L.* 85, *de reg. juris.*

Hertius & Bachovius ſont, comme l'on voit, d'avis fort différents, & tous les deux s'appuient d'autorités.

Hertius ſe fonde ſur la Loi 85, §. 1, *de reg. jur. non eſt novum ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent, licet ille caſus extiterit à quo initium capere non potuerunt.*

Ce principe n'eſt pourtant pas général ; il eſt des cas où le contraire a lieu. La Loi 140, §. 2, *ff. de verbor. obligat.* qui fait l'appui du ſentiment de Bachovius, en fait foi : *placet,* dit cette Loi, *extingui obligationem, ſi in eum caſum inciderit, à quo incipere non poteſt.*

Mais cette ſeconde Loi n'eſt pas non plus un principe général, puiſqu'elle ajoute une modification ſur laquelle il n'eſt pas permis de paſſer, *non tamen hoc in omnibus verum eſt ;* ce qui fait connoître que ces deux Loix ſe ſervent de reſtriction l'une à l'autre, & que l'application qu'on en peut faire dépend des différentes circonſtances : ainſi le point de la difficulté eſt de leur trouver à chacune les différentes eſpeces où elles peuvent convenir.

La grande ſolution en cette matiere, & la ſeule voie même d'accorder ces Loix, eſt de diſtinguer ſi l'acte de la validité duquel il eſt queſtion, eſt parfait en ſoi ; s'il a tellement reçu ſon complément, qu'il ſoit indépendant de quelque événement qui puiſſe ſurvenir dans le futur, & pour lors c'eſt le cas de dire avec la Loi 85, *de reg. jur. non eſt novum ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, &c.*

Par exemple, une donation eſt revêtue de toutes les formalités preſcrites par les Loix ; cette donation eſt valable encore que le donateur change de domicile, & que les Loix pour l'inſinuation changent pareillement, parce que la donation ayant été revêtue de toutes les formalités lors preſcrites, *nihil amplius deſideratur.*

Une queſtion qui ne laiſſe pas que d'être curieuſe ſeroit de ſavoir ſi la donation ayant été inſinuée, ſans avoir rempli exactement les formalités lors preſcrites par les Ordonnances, cette donation pourroit valoir, en cas que par la ſuite, & avant le décès du donateur les formalités changeaſſent, & que les Ordonnances preſcriviſſent celles que l'on auroit obſervées. Il eſt vrai que dans ce cas la donation au jour du décès du donateur qui eſt le moment fatal, ſe trouveroit revêtue de ſes formes, & que l'on pourroit alléguer que les parties ſe ſeroient miſes en regle, ſi l'Ordonnance n'étoit pas ſurvenue qui les y a miſes elle-même, & qui les a diſpenſées de toutes démarches.

Pour moi voici ce que je penſerois ſur cette queſtion; j'eſtimerois cette donation valable contre les héritiers & ayants cauſe à titre de diſpoſition teſtamentaire du donateur; mais comme les Loix ne rétrogradent pas au préjudice d'un tiers, je diſtingue : la nouvelle Ordonnance aura lieu contre ceux qui n'avoient pas de droit dans le temps intermédiaire entre la donation & la nouvelle Ordonnance, & qui ne l'ont eu que depuis, & non contre les autres qui avoient droit.

Que ſi, au contraire, l'acte n'eſt pas parfait en ſoi, en ce qu'il lui manque quelque choſe qui ne peut lui être donné que dans le futur, & que le droit en ſoit en ſuſpens, c'eſt le cas de dire avec la Loi 140, *de verb. oblig. & ſi placeat extingui obligationem, &c. non tamen hoc in omnibus verum eſt*, parce qu'effectivement l'acte peut valoir, ou être annullé ſuivant la nature des événements qui peuvent ſurvenir.

Vinnius, *tit.* 2, *liv.* 20, §. 14 des inſtituts, nous rend l'eſprit de ces Loix en termes bien expreſſifs : *in negotiis omni ex parte perfectis, id eſt quæ nihil futuri ad conſummationem deſiderant, ſine exceptione valet prior definitio nunquam ea quæ utiliter ſic geſta, & conſummata ſunt, infirmari ob eam cauſam quod ille caſus evenerit à quo conſiſtere non poterant : quod ſi negotii geſti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius deſideretur, hîc aliud atque aliud pro conditione caſûs poſtea incidentis, placet.*

Cette diſtinction a une abondance de bon ſens qui plait & qui frappe.

Par exemple, & ceci regarde le premier membre de la diſtinction, tout le monde conviendra qu'encore qu'un furieux ne puiſſe pas contracter mariage, cependant ſi la fureur ne ſur-

vient qu'après le mariage contracté, le mariage ſubſiſte en ſon entier. *L. patre furioſo*, 8, *ff. qui ſunt ſui*, *L. furor*, 8, *de ſponſal. lib. L. oratione*, *ff. de ritu nupt.* & la raiſon en eſt que le mariage eſt parfait dès le moment de la célébration, *nihil futuri ad perfectionem ejus deſideratur;* il eſt par conſéquent indépendant de la fureur qui peut ſurvenir depuis qu'il eſt contracté par un homme qui pour lors jouiſſoit de toute ſa raiſon.

Un homme a fait une tranſaction, un partage, un emprunt, &c. & il étoit dans une pleine ſanté de corps & d'eſprit; tous ces actes ſubſiſteront, encore que par la ſuite il tombe en démence: ils ſont parfaits à l'inſtant même qu'ils ſont paſſés.

Un homme eſt créancier par contrat de conſtitution, paſſé à Paris, où le contrôle n'eſt pas néceſſaire pour l'hypotheque; il va demeurer en Normandie, où le contrôle eſt néceſſaire; il ne ſera pas obligé de faire contrôler ſon contrat qui a reçu ſa perfection à Paris.

Ce premier membre de la diſtinction ne paroît ſuſceptible d'aucune exception; mais le ſecond membre qui regarde les actes pour la perfection deſquels *aliquid amplius deſideratur pro futuro*, n'a pas une application auſſi générale, *aliud atque aliud placet*, dit Vinnius, & il faut diſtinguer les différents cas qui peuvent ſurvenir, parce que, ſuivant la nature des cas, l'acte ſera nul ou ne le ſera pas.

Par exemple, des conjoints dans la Coutume de Paris, n'ayant pas d'enfants, ſe font un don mutuel; la validité de cette donation dépend d'un événement dans le futur; y aura-t-il des enfants au jour du décès de l'un des conjoints? n'y en aura-t-il pas? s'il y en a, le don mutuel devient caduc, & il ſubſiſte, s'il n'y en a point.

Un homme domicilié en Pays de Droit écrit, & qui y a ſes biens, fait ſon teſtament, & inſtitue Mævius ſon héritier; Mævius décede avant le Teſtateur. Le teſtament, ſelon le droit obſervé chez nos anciens Romains, étoit infirmé en totalité, parce que ſa validité dépendoit de la ſurvie de l'héritier, & que le cas eſt arrivé où Mævius décédé n'a pas pu être héritier.

Suivant la nouvelle Ordonnance de 1735, il y auroit lieu de décider aujourd'hui le contraire: le teſtament ſubſiſte quant aux diſpoſitions particulieres: voyez les *art.* 53, 57, 58 de cette Ordonnance.

Un homme a fait ſon teſtament, & depuis il eſt banni à per-

pétuité du Royaume; son testament sera comme non écrit, & n'aura nulle exécution, *Inst. quibus modis test. infirm.* §. 4, & Coquille dit que tel testament devient à néant. *Inst.* du Droit françois.

Au contraire, le Testateur, depuis son testament, devient furieux, imbécille, ou est interdit pour prodigalité, son testament subsistera, *L.* 18, *qui testam. facere possunt.*

Il est certain que le banni, le furieux, l'imbécille, &c. dont nous venons de parler, ne peuvent pas tous faire au jour de leur décès un testament valable; cependant s'ils en ont fait un auparavant, la survenance de ces empêchements rend le sort de ces testaments bien différent : celui du banni est nul, & comme non écrit; & celui du furieux subsiste dans toute sa force : d'où peuvent provenir des décisions si différentes?

Vinnius a remarqué que, suivant la nature & la qualité de l'événement, il falloit décider pour, ou contre la validité de l'acte, *aliud atque aliud pro conditione casûs postea incidentis placet.*

Or dans l'espece d'un banni, l'homme perd la capacité de tester par son délit qui doit lui nuire, & qui annulle son testament; au lieu que dans l'espece d'une fureur survenue, si l'homme ne peut pas tester, c'est sans son fait, *non suo facto & delicto :* il n'a pas perdu la faculté de tester comme l'a perdu le banni, mais seulement l'exercice de la faculté, & ayant disposé dans un temps permis, sa disposition doit subsister nonobstant le changement qui survient en sa personne.

Quand donc un acte dépend pour sa validité, ou invalidité, de ce qui peut arriver, ou ne pas arriver dans le futur, il paroît nécessaire dans ce cas de distinguer la nature des différents événements qui peuvent survenir, & de bien peser les termes dans lesquels la Loi peut être conçue : si la Loi qui permet certains actes, ne les permet que posé certains cas dans le futur, & si elle les annulle dans d'autres, pour lors l'acte subsiste ou ne subsiste pas, suivant que les cas arrivent ou n'arrivent pas : vous en avez des exemples dans ce que je viens de citer du don mutuel & du testament; que si la Loi a permis certains actes purement & simplement, mais que les cas qui surviennent changent l'état des choses, pour lors il faut considérer la nature du changement. Mais qu'il me soit permis de proposer l'espece suivante.

Une

Une femme domiciliée à Paris, fait ſon teſtament ſans l'autoriſation de ſon mari : ſon teſtament eſt valable ; mais comme du vivant du Teſtateur, un teſtament n'a, ni force, ni vertu, il eſt vrai de dire que, *ad plenam perfectionem ejus aliquid amplius deſideratur :* cette femme va demeurer en Bourgogne, où pour teſter elle a beſoin de l'autoriſation de ſon mari, cet événement ſera-t-il de la nature de ceux qui peuvent annuller le teſtament ?

Pour la déciſion de cette queſtion, il faut remarquer que la femme, par ſon changement de domicile de Paris en Bourgogne, ne perd pas la capacité de teſter ; elle a également dans l'une & l'autre Coutume, *jus teſtandi.* Pour mettre à Paris cette capacité en œuvre, il ne faut point d'autoriſation, & il en faut en Bourgogne ; mais eſt-il juſte que la femme ayant uſé de ſon droit dans le temps qu'elle demeuroit à Paris, & ayant déclaré ſes dernieres diſpoſitions par un acte valable & légitime, & d'une date certaine, elle en perde le fruit par une tranſlation de domicile qui n'eſt pas de ſon fait ?

Ce que notre Auteur décide ici au ſujet du changement de domicile depuis la confection des teſtaments en général, peut mériter quelques réflexions par rapport aux teſtaments olographes.

Cette eſpece de teſtaments appartient-elle à la forme & à la ſolemnité, ou appartient-elle à la capacité de teſter, comme l'a penſé Me Jean-Marie Ricard ?

Il ſembleroit qu'elle appartiendroit à la forme & à la ſolemnité.

En effet, *l'art.* 289 de la Coutume de Paris, appelle cette ſorte de teſtament, *teſtament ſolemnel.* Pour réputer, (dit cet art.) un teſtament ſolemnel, il eſt requis qu'il ſoit écrit & ſigné du Teſtateur, ou qu'il ſoit paſſé pardevant deux Notaires, &c.

On voit que cet article requiert pour la ſolemnité du teſtament, l'une ou l'autre de ces deux choſes, ou qu'il ſoit écrit & ſigné du Teſtateur, ou qu'il ſoit paſſé pardevant deux Notaires.

Or, on ne peut pas nier que ce qui eſt réglé & preſcrit par rapport aux deux Notaires devant qui le Teſtateur peut paſſer ſon teſtament, ne le ſoit pour déterminer la maniere & la forme de cette ſorte de teſtament.

Mais le teſtament écrit & ſigné du Teſtateur, eſt une autre

espece de testament solemnel. L'écriture & la signature du testateur sont comparées & mises de niveau avec l'écriture & la signature des Notaires, & appartiennent par conséquent également à la forme & à la solemnité.

Aussi l'Article 22 de l'Ordonnance de 1735, déclare que dans les Pays où les formalités de Droit écrit, pour les dispositions des dernieres volontés, ne sont pas admises, il n'y aura, à l'avenir, que deux formes qui puissent avoir lieu pour lesdites dispositions; savoir, celle des testaments, codicilles & autres dispositions olographes, & celles, &c.

L'écriture & la signature de la main du testateur, sont donc des formalités; c'est une forme & une maniere de tester solemnellement, comme de tester pardevant Notaires : delà il sembleroit qu'il faudroit dire que les non-domiciliés qui, par hasard, se trouveront à Paris, ou dans l'étendue de la Coutume, pourront tester par la voie du testament olographe.

Toute la précaution que pourroit prendre un testateur qui seroit exposé à parcourir différentes Provinces, ce seroit d'assurer par une date publique & certaine, celle du testament olographe qu'il auroit fait à Paris, comme de le déposer chez un Notaire de la Prévôté & Vicomté, ou de l'envelopper & le cacheter, & de faire mettre la signature & le paraphe des Notaires sur l'enveloppe, avec un mot de procès-verbal.

Il s'ensuivra encore de ce premier avis, que le Parisien, ou le domicilié dans la Vicomté de Paris, ne pourra plus tester par la voie du testament olographe, si lors de son testament il se trouve dans un endroit qui ne reconnoisse pas cette forme de tester, comme est le Pays de Forêt, suivant l'Arrêt de Réglement de 1626 & celui du 20 Août 1725; parce qu'il est de principe qu'il faut suivre les formalités du lieu où l'on teste; M. le Camus, Lieutenant-Civil, a donné son acte de notoriété le 13 Septembre 1702, dans lequel il adopte les deux propositions ci-dessus.

Mais ce premier avis n'est pas celui de tous nos Jurisconsultes. Il y en a qui estiment au contraire, que cette sorte de testament olographe appartient à la capacité personnelle, & dépend du domicile du testateur; en sorte que le domicilié à Paris, peut tester par testament olographe, en quelque endroit qu'il se trouve, même en Pays où les testaments olographes n'ont pas lieu, & que celui qui est domicilié dans ces Pays,

ne pourroit pas faire à Paris un teſtament olographe valable.

Ecoutons Ricard qui eſt de ce dernier avis. C'eſt en ſon Traité du Don Mutuel, *n.* 306, où, après être convenu qu'il faut avoir égard » au lieu où l'acte a été paſſé, il dit que cette maxime »qui, en général, ne reçoit aucune difficulté dans notre uſage, »doit être limitée dans l'eſpece du teſtament olographe, d'au»tant que le teſtateur en eſt le ſeul miniſtre ; & le caractere qu'il »a pour cet effet, étant attaché & inhérent à ſa perſonne, il »l'emprunte ſeulement de la Coutume, laquelle a empire ſur lui, »qui eſt celle de ſon domicile ; & comme c'eſt une faculté per»ſonnelle qui ne peut ſe détacher de lui, il la porte en quelque »endroit qu'il aille : elle l'accompagne en quelque lieu qu'il ſe »trouve, auſſi-bien que la faculté de teſter qui lui eſt donnée par »la Loi de ſon Pays, & qu'il n'auroit pas par la Coutume du »lieu où il ſe rencontre ; & ainſi un teſtament olographe fait en »Pays de Droit écrit qui n'en admet pas l'uſage, par une per»ſonne domiciliée ſous la Coutume de Paris, qui les reçoit, »ſeroit valable pour la forme : de même par la raiſon des con»traires, ſi une perſonne du Pays de Droit écrit, ſe trouvant »par haſard à Paris, y faiſoit un teſtament olographe, il ne pour»roit pas avoir d'exécution ; ce particulier ne pouvant pas em»prunter une faculté perſonnelle d'une Coutume qui ne gouverne »pas la perſonne, s'agiſſant, en cette occaſion d'une capacité »qui doit ſe rencontrer en lui, puiſqu'il eſt le ſeul miniſtre de »l'acte ; laquelle dépend de la Loi de ſon domicile ..... »joint qu'autrement une perſonne du Pays de Droit écrit, ayant »été une fois, pendant ſa vie, dans les Provinces coutumieres, »il ſeroit en ſa liberté de faire fraude aux Loix de ſon Pays, »en antidatant ſa diſpoſition ; les écritures privées n'ayant pas »de date, ni de lieu certain. »

L'avis de Me Jean-Marie Ricard, (qu'on me permette de le dire par forme d'obſervation) ſemble aller directement contre ce qui eſt écrit dans *l'art.* 289 de la Coutume de Paris ; & à l'égard de l'inconvénient de fraude qu'il allegue, il eſt facile d'y remédier comme nous l'avons obſervé ci-devant.

Dira-t-on que la Coutume de Paris, par rapport au teſtament olographe, ne s'adreſſe qu'aux domiciliés dans la Coutume ? Cela ſeroit bon, ſi *l'art.* 289 donnoit la capacité fonciere & perſonnelle de teſter ; mais il n'indique qu'une forme. La Coutume parle dans le même Article, & du teſtament olo-

graphe, & du testament pardevant Notaires : elle qualifie l'un & l'autre du nom de testament solemnel, & indépendamment de tout domicile : il semble que tous deux peuvent être également faits dans les lieux où ils sont autorisés, par tout homme qui a la capacité de tester.

Mais dira-t-on, la Coutume de Paris rend le testateur ministre de son testament olographe : à la bonne heure. Mais pourquoi la Coutume ne pourra-t-elle pas également rendre ministre tout homme qui teste dans l'étendue de sa Jurisdiction, & sur qui, par l'existence actuelle dans le lieu, elle a une sorte d'autorité ?

La décision de Ricard, en cet endroit, est fondée sur ce qu'il estime que la capacité de tester en général, est pure personnelle, & se porte même dans les Coutumes qui n'accorderoient pas la même capacité ; & ce premier pas fait, il est plus facile de faire marcher ensemble la capacité de tester & la qualité de ministre, ce qui opere deux effets : le premier, que la capacité pure personnelle se portant par-tout, celle de ministre s'y porte pareillement ; le second, que la capacité pure personnelle se prenant de la Loi du domicile, il n'y a que les domiciliés qui puissent être ministres. Mais ne peut-on pas répondre que l'homme qui fait son testament, est capable de tester, avant que d'être ministre de son testament ? Ce qui fait voir que la qualité de ministre n'est que de formalité & de solemnité, qui s'emprunte du lieu, & non du domicile. D'ailleurs j'ai fait voir, en *l'Observation* 28, contre l'avis de Ricard, que la capacité de tester étoit personnelle réelle, & qu'elle ne se portoit pas dans les Coutumes qui n'admettent pas la même capacité ; de sorte que le principe de décision de Ricard souffrant quelque atteinte, sa décision particuliere n'a plus le même poids & la même force.

D'ailleurs le ministre d'une Loi, n'est ministre que dans les endroits où la Loi a autorité & Jurisdiction ; hors delà le ministre n'est plus rien : ce n'est pas ici un Envoyé, un Ambassadeur dont la qualité est respectée par le Droit des Gens ; & comment donc un testateur qui, hors du lieu, est un homme privé, pourroit-il faire, hors du lieu, quelque chose de valable, comme ministre ?

Nonobstant toutes les réflexions que je viens de faire contre l'avis de Ricard, je ne puis m'empêcher de l'embrasser & de le suivre.

En effet, un teſtament olographe eſt un teſtament écrit de la propre main du teſtateur, & ſigné de lui ; l'écriture & la ſignature du teſtateur ſont l'eſſence même conſtitutive de cette eſpece de teſtament ; & ce qui eſt particulier & propre à cette nature de diſpoſition, eſt que ce qui forme ſon eſſence, forme encore ſa preuve & ſon authenticité : il ſe prouve par les choſes mêmes qui le font être teſtament ; auſſi nos Coutumes l'appellent-elles teſtament ſolemnel.

Mais qui ne ſent qu'un droit, une prérogative qui rend la même perſonne agent, miniſtre & témoin tout à la fois, eſt attaché & inhérent en la perſonne ; que cette faculté lui eſt perſonnelle & *perſonnaliſſime* ; que c'eſt un droit qui l'affecte intimement, dont il ne peut pas plus ſe détacher que de lui-même, & qui par conſéquent le ſuit & l'accompagne par-tout, dans toutes les Coutumes mêmes prohibitives ?

Il eſt vrai qu'outre l'écriture & la ſignature, on exige encore la date ; mais c'eſt une formalité de ſurcroît & de précaution pour prévenir quantité de conteſtations, formalité qui eſt totalement extrinſeque à la véritable nature de ce teſtament, & qui n'altere en rien l'affectation dont le domicilié eſt frappé par la Loi. Voyez M. Bouhier, *chap.* 28, *n.* 20, où la queſtion eſt magnifiquement traitée, & où il embraſſe l'avis de Ricard.

Ne pourroit-on pas de ces deux avis, en former un qui conſerveroit, d'un côté, les principes généraux qui veulent que pour qu'un teſtament ſoit valable, il ſoit fait ſuivant les formes du lieu où il ſe paſſe, & de l'autre qui ne donneroit pas atteinte à la capacité accordée aux domiciliés à Paris, & autres Coutumes ſemblables, de teſter par la voie du teſtament olographe ?

Ainſi ne pourroit-on pas dire avec Ricard, que celui qui eſt domicilié dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris, pourroit, en quelque endroit qu'il teſte, teſter par la voie du teſtament olographe, & cela pour lui conſerver effectivement ce droit qui ſemble être attaché à la perſonne ? mais auſſi ne pourroit-on pas encore admettre que l'étranger qui ſe trouve même par haſard à Paris, ou dans une Coutume ſemblable, pourra teſter par teſtament olographe, en aſſurant néanmoins la date de ſon teſtament, comme il a été obſervé ci-devant, puiſque la nature de ce teſtament ſemble dépendre de la forme, & que les regles générales le demandent ainſi ?

Je ſais que ce tempérament paroîtra bizarre : il n'eſt pas même pris d'après les regles auſteres de la Logique. Mais un Juriſconſulte doit-il toujours décider logiquement ? & le bien général d'une Nation n'autoriſe-t-il pas à adopter certaines déciſions de convenance, quand une Loi préciſe ne s'y oppoſe pas ?

J'obſerverai, en paſſant, qu'il n'étoit pas néceſſaire, avant l'Ordonnance de 1735, que le teſtament d'un Bourgeois, fait olographe, en matiere du moins de cauſe pie, fût daté, ſuivant qu'il a été jugé par Arrêt du 10 Mars 1732, en la Grand'-Chambre, au ſujet du teſtament du ſieur Caboud, qui, quoique non daté, fut confirmé au profit des Curés & Marguilliers de la Paroiſſe de Notre-Dame-de-Bonnes-Nouvelles, qui obtinrent délivrance du legs porté par ce teſtament.

Depuis l'Ordonnance de 1735, un pareil teſtament non daté du jour, du mois & de l'année, ne vaudroit plus rien : toutes ſortes de teſtaments doivent être datés à peine de nullité ; c'eſt ce qui réſulte des Art. 12, 16, 20, 29, 35, 38 & 47 de ladite Ordonnance.

Mais à l'occaſion même de cette Ordonnance, il s'eſt élevé la conteſtation de ſavoir ſi un teſtament olographe fait depuis l'Ordonnance de 1735, par un domicilié à Paris, non daté du lieu où il avoit été fait, étoit valable.

La queſtion fut conſultée à M. Sarazin, à M. Pillon & à M. Beviere, qui déciderent pour la nullité du teſtament : cette cauſe fut plaidée par deux excellents Orateurs, M. du Vaudier & M. Bigot de Sainte-Croix, & par Arrêt du 14 Juillet 1749, rendu en la Grand'Chambre, confirmatif d'une Sentence des Requêtes du Palais, du 7 du même mois, le teſtament fut déclaré bon & valable.

Le moyen de M. du Vaudier, qui plaidoit pour la validité du teſtament, étoit qu'en fait de teſtament olographe, il n'y avoit aucune Loi qui aſſujettît à la date du lieu ; cette formalité étoit requiſe par rapport aux teſtaments paſſés pardevant Notaires. Il y avoit des Ordonnances à cet égard, & ces Ordonnances étoient ſages : il falloit que l'on pût connoître, ſi ceux qui l'avoient reçu avoient droit de le recevoir, s'ils étoient Officiers publics dans le lieu, ſi les formalités du lieu où ces diſpoſitions étoient paſſées, avoient été remplies.

Il eſt vrai que l'Ordonnance de 1735, veut en l'*art.* 38, que tous teſtaments, même les olographes, ſoient datés du jour,

mois & an ; mais elle ne parle pas du lieu : ainſi il faut en revenir aux Ordonnances précédentes, & toutes n'exigent la date du lieu que par rapport aux actes paſſés pardevant Notaires : voyez Baſnage, *art.* 422 de la Coutume de Normandie.

De la part de M. Bigot de Sainte-Croix, qui attaquoit de nullité le teſtament, on diſoit que les Ordonnances anciennes, & la nouvelle de 1735, exigeoient que tous actes fuſſent datés ; que cela devoit s'entendre des teſtaments, même olographes, qui étoient de véritables actes ; que qui dit dater, dit marquer le lieu, le jour, le mois & l'année ; qu'à la vérité, la queſtion avoit paru douteuſe anciennement, & que quelques Arrêts peuvent avoir admis ces ſortes de teſtaments olographes non datés, mais que par la nouvelle Juriſprudence, on eſt revenu aux véritables principes ; que tel eſt l'avis de Ricard en ſon traité des donations & de pluſieurs autres.

A quoi l'on pouvoit répondre, (& rien ſans doute n'a échappé à la capacité connue du défenſeur,) qu'effectivement, en général, dater un acte eſt entre autres choſes marquer le lieu où il a été fait ; mais que l'Ordonnance de 1735, qui a voulu fixer tous les doutes, & faire connoître la véritable notion du terme *dater* en cette matiere, la reſtreint en l'*art.* 38, à la date du jour, du mois & de l'année ; qu'il faut faire différence entre les actes paſſés pardevant Notaires, & les teſtaments ſimplement olographes ; que par rapport aux actes paſſés pardevant Notaires, il y a des Ordonnances préciſes, & qu'il y a néceſſité que la date du lieu y ſoit marquée par les raiſons ci-deſſus ; mais que par rapport aux teſtaments olographes, la date du lieu eſt inutile, parce que c'eſt la Loi du domicile & non celle du lieu qui donne la capacité de teſter par teſtaments olographes ; que quand un homme, par la Loi de ſon domicile, eſt capable de cette ſorte de teſtament, il eſt, comme dit Ricard, le miniſtre de ſon teſtament, & porte cette qualité & cette capacité par-tout ; que toutes les ſolemnités de ce teſtament conſiſtent dans l'écriture & la ſignature du Teſtateur ; que s'il en faut d'autres, il doit y avoir une Loi qui en ce cas ajoute & augmente aux choſes eſſentiellement requiſes ; qu'ainſi la date du lieu néceſſaire pour les actes entre-vifs à cauſe des raiſons ci-deſſus expliquées, eſt totalement inutile par rapport à ces ſortes de teſtaments ; que ſi l'on y requiert la date du jour, du mois, de l'année, c'eſt pour éviter,

ſoit la rencontre & la concurrence des différents teſtaments, ſoit quelques autres inconvénients, mais qui ſont purement accidentels.

En effet la date du lieu eſt, ou une formalité habilitant la perſonne, ou une formalité probante, ou une formalité intrinſeque & conſtitutive, ou enfin une formalité complémentaire.

Ce ne peut pas être d'abord une formalité intrinſeque & conſtitutive : car la date ne ſe met qu'à la fin des actes; ils exiſtent de la nature dont ils doivent être, quand la date y eſt appoſée; c'eſt une vente, un échange, un prêt, un teſtament: tous ces actes ont reçu leur forme intrinſeque & conſtitutive avant la date.

Ce n'eſt pas une formalité complémentaire; car la formalité complémentaire eſt hors l'acte, & ne s'ajoute qu'après qu'un acte a reçu toute ſa perfection, elle ne s'ajoute que pour l'exécution.

Reſte donc que ce ſoit une formalité habilitante, ou une formalité probante.

Ce n'eſt pas une formalité habilitante : car le Teſtateur ne tient pas ſa capacité du lieu où il fait ſon teſtament olographe; mais de la Loi de ſon domicile; & quand la Loi le déclare capable de faire cette ſorte de teſtament, il porte cette capacité par-tout, même dans les lieux où les teſtaments olographes ne ſeroient pas admis; parce que, (& Ricard a raiſon de le dire,) la Loi le conſtitue le miniſtre de ce teſtament, & que dans les véritables principes le teſtament olographe écrit & ſigné du Teſtateur, eſt, ſelon toutes nos Coutumes, un teſtament ſolemnel.

Il reſte donc que ce ſoit une formalité probante; mais pour cela il faudroit que la Loi l'exigeât par une diſpoſition expreſſe : car d'ailleurs la véritable & ſolide preuve d'un teſtament olographe conſiſte dans l'écriture du Teſtateur & dans ſa ſignature : ſi d'ailleurs il faut ajouter le jour, le mois & l'année, c'eſt qu'il y a une Loi qui l'a ordonné ainſi, en l'*art.* 47 de l'Ordonnance de 1735.

Cette Loi nouvelle à l'égard du jour, du mois & de l'année eſt ſage, & a été faite pour lever tous doutes, & fixer une Juriſprudence qui avoit été aſſez incertaine juſques-là; mais il n'y a pas de Loi quant à la date du lieu.

CHAPITRE

CHAPITRE IV.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

De la diversité des Loix, par rapport à la substance de l'acte, dans le cas où il y a changement de domicile.

SOMMAIRE.

I. *Des conjoints Hollandois s'instituent mutuellement héritiers. Ils vont ensuite demeurer à Utrecht, & ils y meurent. L'institution est annullée contre l'avis de Peckius.*

II. *Si un mineur institue héritier son curateur, & qu'il décede majeur, l'institution reprendra-t-elle une nouvelle force par la majorité?*

III. *Une communauté conjugale étant une fois contractée, peut-elle être éteinte, en établissant son domicile dans un lieu qui n'admet pas de communauté?*

IV. *Que décidera-t-on dans le cas où les conjoints auront dans ce nouveau domicile révoqué tout droit de communauté?*

V. *Entre les Loix de différents endroits, quelle est celle qui doit régler le douaire?*

VI. *Pour régler le gain d'ameublement que le survivant des conjoints prélève parmi nous, faut-il considérer la Loi où le mariage a été célébré, ou la Loi du nouveau domicile?*

I. NOUS venons de parler de la solemnité de la disposition; nous nous étendrons davantage sur ce qui en regarde la substance, & voici une premiere espece. Des conjoints Hollandois se sont mutuellement laissés leurs biens; ils vont ensuite demeurer à Utrecht, où l'un des deux meurt; dirons-nous que leur testament subsistera, la Loi d'Utrecht n'admettant pas de pareils avantages entre conjoints? (je parle pour ce qui peut concerner le mobilier: car je sais que les héritages sont régis par les Loix de la situation, quel que puisse être le domicile des conjoints.)

Les Loix veulent que l'on considere trois temps, pour décider si l'héritier institué est capable de profiter du bénéfice de l'institution; savoir, le temps où se fait le testament, celui de la

mort du teſtateur, & celui de l'adition d'hérédité. Lorſqu'au jour de la mort du teſtateur, qui eſt principalement le temps qu'il faut conſidérer, le ſurvivant des conjoints eſt incapable de recueillir la choſe laiſſée par teſtament, je déciderois abſolument que la diſpoſition ne peut ſubſiſter; mais ſi les conjoints retournoient demeurer en Hollande, & que l'un d'eux y mourût; dans cette eſpece vous ne direz pas que le temps intermédiaire de la demeure à Utrecht, puiſſe nuire à la diſpoſition, *L. ſi alienum, ff. de hæred. inſt. in extremis, Inſt. de hæred. qualit.* Carpzovius, *in defin. for. p.* 2. *conſt.* 14, *defin.* 3, rapporte un Arrêt dans une eſpece aſſez ſemblable qui autoriſe cet avis, & il faut donner encore la même déciſion dans l'eſpece d'un ſimple legs qu'un des conjoints auroit fait ſeul à ſon conjoint: car c'eſt pareillement le temps de la mort du Teſtateur qu'il faut conſidérer pour déterminer ſi le conjoint eſt capable du legs, & ce que Barry, *de ſucceſſ. lib.* 1, *tit.* 8, *n.* 4; Peck. *de teſtam. conjug. lib.* 4, *cap.* 31, ont dit à cette occaſion, appuie fortement cet avis: c'eſt pourquoi il y a de quoi s'étonner que Peckius, ſuivi par Wamésius, *cent. civil.* 6, *conſ.* 6, en oubliant ce qu'il avoit précédemment décidé, ait écrit, *liv.* 4, *cap.* 37, qne des conjoints étant venus demeurer à Malines, où le conjoint ne peut léguer à ſon conjoint, ſans le conſentement de leurs enfants, ce changement de domicile ne donnoit pas atteinte aux diſpoſitions faites à Midelbourg, qui uſe à cet égard du Droit commun: car cette queſtion ainſi décidée, l'eſt contre tout ce que nous avons de principes qui veulent que le droit de l'héritier & du légataire, ou, ſi l'on veut, la capacité ou incapacité de l'un & de l'autre, ſe reglent par le temps de la mort du Teſtateur.

C'eſt ce qui eſt prouvé par les Loix, *non intelligitur*, §. *quando autem ff. de jure fiſci, L. in mortis, ff. de donat. cauſa mortis*, & par pluſieurs autres moyens recueillis par Peckius, *D. C.* 31, de maniere même qu'encore que par rapport à ceux qui ſont inſtitués héritiers par des teſtaments militaires, on n'exige pas qu'ils ſoient capables au jour que le teſtament eſt fait, il eſt cependant néceſſaire qu'ils le ſoient au jour de la mort, pour que l'inſtitution puiſſe ſubſiſter, *L.* 13, *neque enim*, §. *& deportati, ff. de teſtam. militar.*

Voici l'argument victorieux qui a entraîné Peckius dans cette contrariété avec lui-même. Le Statut de Midelbourg, dont

il s'agit, (ce ſont ſes propres termes,) regarde plutôt la forme de teſter que la capacité de la perſonne: ce qu'il exige, eſt afin que le teſtament des conjoints ſe faſſe avec plus de ſolemnité, & non pas pour les empêcher de ſe faire des avantages entre eux. Voyez encore Peckius, *cap.* 37, ſur la fin; en ſorte que la diſpoſition d'entre conjoints n'en eſt pas plus viciée par le changement de domicile que le ſont dans ce cas les teſtaments, lorſqu'ils ont été faits ſelon les formalités requiſes au moment même qu'on les fait.

Dites-moi, je vous prie, comment on peut ſoutenir que ce qui ne peut pas ſe faire ſans le conſentement des enfants, n'eſt défendu qu'afin qu'il ſoit fait avec plus de ſolemnité. Quand il eſt défendu à un conjoint de recevoir par teſtament de ſon conjoint, dit-on autre choſe ſinon qu'il n'y a pas entre eux une faculté de s'avantager par teſtament, ou que les conjoints ſont incapables entre eux d'aucune libéralité, ainſi que l'explique fort bien Burgundus, *tract.* 1, *n.* 4? Or, ſi cette défenſe regardoit la ſolemnité, il ſeroit permis aux conjoints en allant paſſer l'acte hors leur domicile, de pouvoir s'avantager, étant une maxime vulgaire qu'il faut ſuivre les formalités des lieux où les teſtaments ſe paſſent, & c'eſt préciſément ce que Peckius a combattu ci-devant, *dicto lib.* 4, *cap.* 29 : ainſi ce qui eſt porté dans la regle de Droit 85, §. 1°. en termes généraux, » qu'il n'eſt pas extraordinaire que les choſes qui ſont établies » utilement aient lieu, encore que par l'événement elles retom- » bent dans un cas où elles n'auroient pas pu commencer, » ne peut être appliqué à notre queſtion qu'avec cette diſtinction, qui eſt qu'il y a une fort grande différence entre la perſonne du Teſtateur & celle de l'héritier, ou du légataire; & pour parler le langage des Docteurs, entre la capacité active & la capacité paſſive, c'eſt-à-dire, entre la capacité de recevoir par teſtament, & la capacité de faire un teſtament; & c'eſt par cette diſtinction qu'on peut renverſer tous les arguments de Peckius.

Il ſuffit, quant à la perſonne du Teſtateur, qu'il ſoit capable de faire un teſtament dans le temps qu'il le fait; j'entends qu'il ait les facultés de l'eſprit & celles du corps; mon intention n'étant pas de parler de la condition perſonnelle d'un Teſtateur, ni de la perte qu'il pourroit ſouffrir de ſon état. Or de même que les teſtaments des furieux, des prodigues, des aveugles, des ſourds & des muets, qui ont teſté auparavant que

d'être tels, ne sont point annullés pour être les Testateurs tombés depuis dans ces empêchements de tester; de même aussi tout autre testament n'en est pas plus nul, à cause du défaut d'une nouvelle formalité qui aura été depuis exigée : car, dès que le testament est valable dans sa forme, le Testateur a fait tout ce qui lui est prescrit, & la Loi n'exige rien de lui davantage; mais à l'égard des héritiers & des légataires, ils ne commencent à pouvoir agir qu'après la mort du Testateur, & ce n'est que de ce moment qu'ils ont droit de prendre en vertu du testament, n'ayant pas d'action auparavant.

Or, la raison nous dicte qu'il faut que chacun soit capable dans le moment où il entreprend de recevoir, & il est inutile à Peckius d'alléguer que le Statut qui fait défense aux conjoints de s'avantager, ne peut pas s'appliquer à des testaments faits avant que les conjoints demeurassent dans le lieu de la prohibition, en ce que celui qui n'étoit pas assujetti à la Loi, n'est pas censé avoir péché contre la Loi : car tous ces raisonnements sont réfutés par la nature même du testament, selon lequel, vis-à-vis un tiers, nous ne sommes réputés avoir disposé par testament qu'au moment même que nous mourons, les volontés dernieres étant ambulatoires jusqu'au dernier instant : d'ailleurs on ne peut pas qualifier des dispositions, du nom de derniere volonté, lorsqu'il peut en survenir une nouvelle : c'est pourquoi il est nécessaire de conclure que Peckius n'a eu aucune raison de s'écarter des principes, & d'une décision aussi certaine que l'est celle qui veut que nous considérions le droit de l'héritier, tant au moment de la mort du testateur, qu'au moment où le testateur le fait.

II. J'ajouterai, en passant, qu'on a derniérement agité dans le Conseil Provincial, la question de savoir s'il suffisoit à l'héritier d'être capable de recevoir dans l'un, ou l'autre des temps marqués ci-devant. Le cas qui étoit agité, étoit le contraire de celui que nous avons dit ci-dessus être arrivé à Malines.

Par un Edit de Charles-Quint, toute disposition testamentaire faite par des mineurs de leurs biens immeubles, au profit de leurs curateurs, est nulle. Un jeune homme de la Province d'Utrecht, âgé de dix-huit ans passés, mais qui n'en avoit pas vingt, institue son curateur son héritier, & meurt trois ans après; il fut question de la capacité de l'héritier; & d'abord

j'obſerverai qu'encore que le mâle parmi nous, âgé de dix-huit ans commencés, ſoit maître de ſes droits, cependant comme il lui eſt défendu d'aliéner ſes immeubles avant vingt ans, ſans le conſentement de ſon curateur, on ne fit pas grand doute que ce teſtateur étoit aſſujetti au moment de ſon teſtament, à l'Edit de Charles-Quint; mais on fit plus de doute ſur la queſtion de ſavoir ſi ayant acquis l'âge de vingt ans accomplis, il étoit encore aſſujetti à l'Edit de Charles-Quint, & l'on ſe détermina à dire qu'il n'y étoit plus aſſujetti : car cet Edit de Charles-Quint ne peut être appliqué qu'à ceux qui ſont encore actuellement ſous l'autorité d'un curateur. On ne peut pas dire en effet, qu'un homme a laiſſé à ſon curateur, quand il n'a plus de curateur, la curatelle étant finie, & la raiſon qui a occaſionné l'Edit, ceſſe; c'eſt à ſavoir l'autorité des curateurs ſur leurs mineurs d'une part, & d'une autre, la crainte & la trop grande déférence que les mineurs ont pour leurs tuteurs, qui empêchent qu'on ne regarde comme libres ces ſortes de diſpoſitions : c'eſt pourquoi l'Edit ne doit avoir force & autorité, juſques à vingt-cinq ans, que dans les lieux où l'on n'eſt maître de ſes droits qu'à cet âge; & ſi cet Edit parle nommément de l'âge de vingt-cinq ans, c'eſt parce que dans toutes les Provinces-Unies il n'y en a (que je ſache) aucune où la curatelle s'étende au-delà. Le point de la difficulté ſe réduiſit donc par rapport à l'eſpece que j'ai dit avoir été agitée dans le Conſeil Provincial, à ſavoir s'il ſuffiſoit à l'héritier d'être capable au temps de la mort du teſtateur, ou s'il falloit encore qu'il le fût au temps que s'étoit fait le teſtament, & il a paru plus convenable à notre Conſeil Provincial, de dire qu'il falloit qu'il le fût dans l'un & l'autre temps; en ſorte qu'il a confirmé d'une ſeule voix le Jugement du Juge d'Utrecht, qui, ſans avoir égard au teſtament, a admis l'héritier *ab inteſtat*, à recueillir les biens immeubles, n'ayant pas été trouvé raiſonnable, que ce qui étoit nul dans ſon principe, pût, par le ſeul laps du temps, avoir force & autorité.

III. Que faut-il dire dans le cas où des Habitants de notre Province ayant contracté mariage chez nous, vont demeurer ailleurs où la communauté entre conjoints n'a pas lieu? Celle contractée à Utrecht, ſubſiſtera-t-elle dans ce nouveau domicile? La plupart de nos Auteurs ſont pour qu'elle ſubſiſte, & le Sénat de Friſe a ſuivi ce parti, ainſi qu'il eſt rapporté par

Jean à Sandé, *lib.* 2, *decis.* 10, *tit.* 5. Goris approuve fort cette décision, *in adv. tit.* 1, *cap.* 7, *n.* 3, ainsi que Chopin, *ad LL. Andegav. lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 4, *de comm. bonor.* & Mornac, *ad L. exigere*, *ff. de judiciis.*

Ces deux derniers citent, pour ce cas même, un ancien Arrêt du Parlement de Paris : ce qu'il faut entendre néanmoins, pourvu que les conjoints aient eu leur domicile, pendant quelque temps, dans le lieu où ils ont contracté mariage, & qu'ensuite ils aient été demeurer ailleurs, suivant la remarque de Chopin, *dict. loco*, *in margine;* laquelle communauté ne durera, selon moi, qu'autant que les conjoints le voudront bien, supposé néanmoins que les Loix du nouveau domicile leur permettent d'y renoncer ; & dans ce cas, les conjoints s'expliquent suffisamment par le fait & par la chose même, dès qu'ils divisent les biens entre eux, & que chacun travaille pour son profit particulier, qu'il commerce & qu'il acquiert pour lui seul, comme l'a assez bien prouvé Burgundus, *tract.* 2, *n.* 14, sur la fin. Cependant ce même Auteur n'a pas si bien réussi dans la résolution qu'il a donnée pour l'espece contraire : car il estime que par le changement de domicile & le transport du mobilier dans un lieu dont la Loi veut que les conjoints soient en communauté de biens, ces conjoints contractent, dès l'instant, communauté entre eux, encore que par la Loi de leur ancien domicile, & où le mariage a été célébré, cette communauté n'eût pas lieu entre eux. Car, nous avons montré ci-devant, que cette communauté de biens d'entre conjoints, est fondée, ou sur une convention expresse, ou sur une convention tacite de la part des conjoints, lorsqu'ils contractent mariage, & Burgundus lui-même, *dict. loco*, *n.* 11, établit fort bien que les conjoints, en contractant mariage, sont présumés vouloir tout ce que les Loix où ils contractent, veulent, de maniere que la Coutume influe dans le contrat.

Il n'est pas possible de dire que par le seul changement de domicile, des conventions matrimoniales valablement faites, se trouvent révoquées : elles ne le sont pas plus que toutes autres conventions en général, qui, par un simple changement de domicile, ne sont, ni altérées, ni anéanties ; mais, dit Burgundus, il est permis, par le nouveau domicile, de contracter une communauté, ou d'y renoncer : cela est vrai ; mais c'est précisément ce que nous demandons, que les conjoints rétrac-

tent leurs conventions précédentes par d'autres conventions contraires; & c'eſt ce que le ſeul changement de domicile ne peut pas faire, autrement ce changement opéreroit au-delà de l'intention des Parties mêmes.

Il eſt vrai que la Loi du nouveau domicile ſert d'interprétation aux mariages qui ſe célebrent dans le lieu, & que cette même Loi permet de contracter une communauté & de réſoudre celle qui eſt contractée; mais on ne peut pas dire que la Loi de ce lieu ſoit telle que tous ceux qui viendront demeurer dans l'étendue de ſa domination, perdent dès-lors de plein droit, & ſans une déclaration préciſe de nouvelle volonté, un droit de communauté convenue en contractant le mariage.

IV. Mais qu'arrivera-t-il ſi des conjoints de notre Province d'Utrecht ayant été demeurer en Hollande, y révoquent expreſſément la convention qui les rend communs? Il faut employer une diſtinction pour réſoudre cette queſtion. Si cette révocation ſe fait par convention, ou ſi elle ſe fait par teſtament, en ce dernier cas la révocation eſt bonne; mais il n'en eſt pas de même au premier cas, parce qu'en Hollande il n'eſt pas permis de renoncer, par des actes entre-vifs, à des conventions matrimoniales, & que cela ſe peut par teſtament, ſuivant Groenewegen, *ad tit. C. ad Senatuſconſ. Velleianum.*

Et pour ce parti, il y a un Arrêt tout récemment rendu par la Cour de Hollande, ainſi que me l'a mandé le ſieur Henri Fagel, auquel je ſuis attaché depuis long-temps, non-ſeulement par ces liens d'amitié qui ſe contractent entre perſonnes de la même profeſſion, mais encore par différents ſervices qu'il m'a rendus, auſſi-bien que François Fagel ſon frere. Ces deux freres ſont également accomplis de toute maniere.

V. Finiſſons ce Chapitre par la queſtion du douaire, & demandons quelle Coutume doit le régler, ſuppoſé que le mariage ait été contracté dans un endroit, & que les conjoints aient été enſuite demeurer dans un autre. Je ne ſaurois être trop ſurpris de ce qu'a écrit Mornac, homme d'un ſi grand ſavoir ſur la Loi, *exigere dotem*, *ff. de judiciis*, vers la fin, lorſqu'il dit, que les plus habiles du Barreau ont eſtimé qu'il falloit conſidérer, & le lieu du mariage, & le lieu du nouveau domicile, en tant que les Coutumes de ces deux endroits donneroient différents douaires: ce ſont ſes propres termes. Mais, je vous prie, ſi ces différents endroits donnent différents douaires,

comment est-il possible de les considérer l'un & l'autre, si ce n'est que Mornac prétende que le survivant doit profiter des deux douaires, tant de celui accordé par la Loi du mariage, que de celui accordé par le nouveau domicile; de sorte que si cela étoit, le changement de domicile ajouteroit plutôt un nouveau douaire, qu'il ne changeroit celui de la Loi du mariage?

Je n'oserois pas dire, néanmoins, que tel seroit l'avis de Mornac. C'est pourquoi, sans faire attention au sentiment dont il peut avoir été, voyons ce que les autres ont pensé sur cette question. Burgund. *tract.* 2, *n.* 10, estime, à son égard, que s'il s'agit d'un douaire consistant en immeubles, il faut considérer la Loi de la situation; mais ce que cet Auteur a décidé trop généralement, je crois qu'on peut le traiter d'une maniere un peu plus détaillée, en parlant d'abord du douaire conventionnel ou préfix, & ensuite du douaire purement coutumier: par rapport au douaire conventionnel, il ne faut pas tant s'attacher à considérer si la Loi de la situation permet de stipuler un pareil douaire, qu'à examiner si dans ce lieu on peut tellement y accorder un douaire par convention matrimoniale, que, sans autre tradition, la chose ou l'usufruit de la chose se trouve acquise de plein droit aux contractants; de maniere que si la Loi de la situation le permet, le survivant gagnera de plein droit le douaire, & qu'au contraire, si la Loi le refuse, il aura néanmoins une action personnelle qui naît de la convention, en vertu de laquelle le survivant est en droit de demander son douaire, ou du moins d'être indemnisé de ce qu'il ne peut pas l'obtenir sur ces immeubles, & ainsi il faudra appliquer au douaire conventionnel, ce que d'Argent. sur *l'art.* 218, *gl.* 6, *n.* 46, a dit au sujet du douaire coutumier, qui est que par rapport au gain des immeubles, il faut considérer la situation de ces immeubles, & ce que chaque Loi accorde ou n'accorde pas; tout ce que dessus est pour le douaire conventionnel.

Que dirons-nous présentement du douaire coutumier? Le réglerons-nous par le domicile du mariage, ou par le domicile que les conjoints ont au jour du décès de l'un d'eux, ou bien encore faudra-t-il le régler par la Loi de la situation des biens? Et quant à cette autre question, il ne faut pas raisonner des meubles comme des immeubles. Quant aux meubles, on peut raisonnablement

raiſonnablement dire, ſuivant l'avis de pluſieurs de nos Auteurs, qu'il faut conſidérer la coutume du lieu où le mariage a été célébré, & où les conjoints ont demeuré, du moins depuis quelque temps, & non pas le lieu que le marié ſe ſeroit choiſi par la ſuite.

Car ce gain nuptial n'a tiré ſa ſource que du contrat de mariage, & non pas du décès de l'un des conjoints; en ſorte que durant le mariage même, les conjoints ont un droit habituel, encore qu'il ne ſoit actuellement acquis que par la mort de l'un des deux; & ces expreſſions ſont celles qu'emploie Burgundus, *tract.* 1, *n.* 16, en parlant du droit des conjoints dans la communauté conjugale; en ſorte que l'on peut dire que c'eſt du jour du mariage même, que ces gains de ſurvie ſont acquis aux conjoints, ſur les biens de l'un & de l'autre, Chop. *de moribus Pariſ. lib.* 2, *tit.* 2, *n.* 2, *in principio; Mævius ad jus Lubecenſ. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 12, *n.* 271.

D'ailleurs puiſque les droits de la communauté entre conjoints remontent au jour de la célébration du mariage, comme nous l'avons dit ci-devant, pourquoi ne fera-t-on pas remonter de ce même jour les gains nuptiaux, puiſque ces gains ainſi que la communauté ſont également fondés ſur la volonté des contractants lors de la célébration du mariage. C'eſt pourquoi Burgundus, *tract.* 2, *n.* 11, remarque fort bien que c'eſt une opinion commune embraſſée avec raiſon par nos Auteurs, que ceux qui contractent mariage ſont préſumés adopter les Loix du lieu où ils contractent, parce que s'ils n'avoient pas cru que la Loi ſtipuloit pour eux un gain de ſurvie, ils n'auroient pas manqué de le ſtipuler eux-mêmes.

En effet, la femme ayant contracté mariage ſous une Loi qui lui accorde un douaire, (ſans quoi on ne peut pas douter qu'elle n'en eût ſtipulé un) il ne doit pas dépendre du mari en changeant de domicile, de la priver d'un droit qui lui eſt acquis dès l'inſtant de ſon mariage. Voyez tous les Auteurs que Mævius, qui n'eſt pourtant pas de cet avis, cite *ad jus Lubecenſ. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 12, *n.* 401; voyez encore ceux cités par d'Argentré, ſur *l'art.* 218, *gl.* 6, *n.* 46, ſur la fin. Mævius ne devoit point ſe déterminer par la Loi 42, *ff. de judiciis:* car, ſans qu'il ſoit d'ailleurs néceſſaire d'obſerver que dans cette Loi il s'agit d'un mariage diſſolu par le divorce, &

non par la mort, la conſéquence qu'en tire Mævius n'eſt nullement valable.

Quoi, parce que le mari ſera obligé de plaider à Rome, où il a emmené ſa femme qui lui demande la reſtitution de ſa dot, il s'enſuivra que pour déterminer s'il eſt dû un douaire, & la quotité de ce douaire, il faudra avoir recours à la Loi du lieu où le mari eſt mort ; la femme pourſuit valablement le droit qu'elle a dans la communauté pardevant le Juge du dernier domicile de ſon mari ; & cependant ce n'eſt pas la Loi de ce lieu qui décidera s'il y a eu communauté entre elle & ſon mari, ni de quoi cette communauté doit être compoſée.

Il y a en effet bien de la différence entre ce qui détermine la compétence de la Juriſdiction, & ce qui doit faire la déciſion d'une queſtion : nous ſommes quelquefois obligés de plaider en différents endroits ; & cependant la conteſtation ne ſe décide pas par la Loi du lieu où l'on plaide, mais par celle du lieu où l'on a contracté, & cela s'obſervera, ſans difficulté, ſi le dernier domicile étoit dans notre Province : car, comme parmi nous, les Coutumes n'accordent pas de douaire, & que d'ailleurs tout avantage entre conjoints eſt défendu, ſi ce n'eſt un uſufruit réciproque, on tomberoit dans le cas de la prohibition, ſi la femme perdoit par le changement de domicile, le douaire que lui accordoit la Loi de ſon mariage & du domicile qui ſubſiſtoit pour lors ; ce que nous venons de dire, eſt par rapport au douaire qui ne conſiſte qu'en meubles.

Voyons préſentement ce qu'il faut dire de ce gain qui ſe prend en immeubles : car, ſuivant Mornac, *ad L. exigere dotem*, c'eſt en cette derniere eſpece de biens que ſe prend ordinairement le douaire.

Suppoſons donc que par la Loi du mariage, le ſurvivant ait en uſufruit le tiers, ou toute autre portion des immeubles ; aura-t-il cette même portion dans les biens qui ſeront ſitués hors l'étendue de cette Loi, & où un ſemblable gain n'eſt pas accordé ? Je trouve que l'avis général eſt que ce gain ne doit être pris que ſur les biens ſitués dans le territoire du Légiſlateur. Voyez les Auteurs cités par Mævius, *ad jus Lubecenſ. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 10, *n.* 40. Mais cela eſt bon, ſi l'eſprit du Légiſlateur a été de ſe renfermer à n'accorder ce bénéfice que ſur les biens ſitués dans l'étendue de ſa domination ; & dans le

doute, Burgundus, *tract.* 1, *n.* 45, prouve, par de bonnes raisons, qu'il faut le présumer ainsi; mais si, dans le Statut il étoit dit expressément que ce gain nuptial se prendroit généralement sur tous les biens, en quelques endroits qu'ils fussent situés, pour lors il faudroit considérer si le Statut du lieu où l'on veut faire usage de cette disposition, la rejette & la défend, ou non.

Au premier cas, c'est en vain que le Législateur étranger a voulu & ordonné, puisque la Loi de la situation est prohibitive, & qu'elle annulle une pareille disposition; & ce que d'Argentré a dit sur *l'art.* 218, *gl.* 6, quoique dans une espece différente, peut être appliqué ici; que si la Loi de la situation n'a aucune disposition par rapport au douaire, le Législateur étranger n'a pas pu, à la vérité, accorder sur des biens qui ne lui sont pas soumis, un pareil droit qui est réel; mais il en naîtra toujours une action personnelle en faveur du conjoint, pour demander son douaire sur ces biens, ou en nature, ou en estimation, & l'estimation est plus du gout de Burgundus, *dict. tract.* 1, *n.* 46, & tout cela est pour le cas où le douaire est en usage dans le lieu du domicile matrimonial : car il faudroit décider autrement dans le cas contraire, c'est-à-dire, si la Loi matrimoniale n'accordoit pas un pareil douaire, parce qu'encore que la Loi du lieu, où les biens sont situés, donne ce droit aux conjoints, ce bénéfice n'est pas cependant communicable aux étrangers, le Législateur n'ayant eu pour objet que ses sujets : c'est en leur personne que ce bénéfice particulier, & qui n'est pas du Droit commun, est renfermé.

Il est bien vrai que telle est l'autorité de la Loi, qu'elle peut communiquer aux étrangers ce bénéfice sur des biens qui lui sont soumis; mais la présomption est plus vraisemblable, qu'elle ne l'a pas voulu, & que l'intention du Législateur n'a pas été, en accordant ce gain nuptial, d'introduire un droit général, comme de prescrire une maniere de succéder, ni de rien défendre, ou rien permettre par rapport à la chose située dans sa Jurisdiction, mais simplement d'accorder un pur gain & un pur bénéfice, dont assurément les étrangers n'ont pas droit de profiter, parce qu'ils ne peuvent être dans la prévoyance du Législateur, soit que l'on considere leur domicile, soit que l'on considere le lieu où ils ont été mariés, ou quelque autre raison que ce soit, si ce n'est peut-être en tant qu'ils possedent des biens

dans le lieu de sa domination, & Mævius prouve assez bien ce sentiment, *ad jus Lubecens. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 10, *n.* 41, & dans ses Questions Préliminaires 4, *n.* 72.

VI. De ce que nous venons de dire, il faut conclure qu'étant accordé par la Loi de notre Pays, au mari & à la femme, citoyens, que le survivant d'entre eux prenne sur la masse de la communauté ses habits les plus propres, avec quelque ameublement, à l'exemple de ce qui est accordé aux veuves chez les Saxons, en habits, bagues & joyaux qu'ils appellent Gérada,* les conjoints qui sont venus demeurer chez nous, doivent profiter de ce bénéfice. Berlick y souscrit, *part.* 3, *concl.* 29, *n.* 195; & Carpzov. l'appuie d'un Arrêt, *part.* 2, *const.* 19, *defin.* 3: car notre Jurisprudence a, par une interprétation favorable, appliqué ce bénéfice d'ameublements & d'habits aux simples Habitants, comme à ceux de la Nation, & il est inutile d'opposer que les Droits de la communauté conjugale se mesurent par la Loi du lieu du contrat, & non par celle d'un nouveau domicile, & que le bénéfice en question se prenant par préciput sur les biens de la communauté, c'est la Loi qui régit la communauté qui doit le donner: car parmi nous, l'usage déja ancien est de l'accorder indifféremment, soit qu'il y ait communauté, ou non, & il se prend également sur les biens de la communauté & sur les biens du prédécédé, comme il a été jugé par plusieurs Arrêts; en sorte que le terme de *voordeel*, dont notre Législateur s'est servi, ne signifie autre chose qu'un certain lucre accordé à celui des conjoints qui survit, Citoyen, ou simple Habitant; de maniere que les conjoints sont présumés se succéder mutuellement *ab intestat*, ou recevoir l'un de l'autre une espece de legs que la Loi lui fait des meubles servant à l'usage journalier, & dont nous ne pouvons presque pas nous passer, ce qui est bien différent de ce que nous appellons douaire que l'on accorde communément parmi nous, aux femmes, pour le prix de la pudicité, & qui est acquis dès le moment du mariage, comme nous l'avons dit ci-devant.

* *Gerada : eo vocabulo, intelligi omnes vestes muliebres, incisos pannos & vela; itidem ..... ea quæ pro ornatu deferre solent mulieres. Vox orta ex German. Ghereed, apparatus.* Ducange dans son Gloss.

OBSERVATION XXXV.

RODENBURGH, dans ce Chapitre, préſuppoſe la déciſion qu'il a donnée au Chapitre V du Titre II de la premiere Partie de ſon Traité, qui eſt que les conjoints peuvent, ou ne peuvent pas ſe donner ſelon que les Loix de la ſituation le permettent ou le défendent, & j'ai remis, *Obſervation* 27, à traiter ici cette Queſtion.

Cette déciſion préſuppoſée, il agite en ce Chapitre une autre queſtion qui en dérive, qui eſt de ſavoir ſi des conjoints s'étant mutuellement laiſſé leur ſucceſſion, & étant pour lors domiciliés dans une Coutume qui le leur permettoit, cette diſpoſition peut ſubſiſter, en cas qu'ils viennent depuis demeurer dans une Coutume qui défende tous avantages entre conjoints, & que l'un d'eux meure dans le nouveau domicile.

Avant que de traiter cette derniere queſtion, il faut traiter la premiere que j'ai remiſe à ce préſent Chapitre.

Quelle eſt la Loi qui décide ſinguliérement ſi l'homme peut, ou ne peut pas donner?

Pour mettre cette queſtion dans tout ſon jour, il faut la diviſer en trois parties.

Quelle eſt la Loi qui décide de la capacité de donner, ou de ne pas donner en général?

Quelle eſt celle qui décide entre futurs conjoints?

Enfin, quelle eſt celle qui décide entre conjoints actuels?

Notre Auteur ne ſeroit pas embarraſſé à décider ces trois queſtions: car ſon principe général eſt que dans un Statut, il ne faut s'attacher qu'à la choſe même qui eſt dans le Statut, ſans conſidérer, ni ſon motif, ni quelles perſonnes le Statut a eu en vue, ni à qui il s'adreſſe, & ſuivant ce, il veut que dans les Statuts qui prohibent, ou qui permettent les donations, le ſujet & le matériel du Statut n'étant que la diſpoſition des biens, les Statuts ſoient abſolument réels.

Ainſi abſtraction faite de quelque perſonne que ce ſoit, il faut, ſelon notre Auteur, ſuivre la réalité en fait de dona-

tion, & c'est la Loi de la situation qu'il faut seule consulter.

Mais comme il y a des Statuts dont les biens font le sujet & la matiere, & qui, par cette raison, pourroient passer pour réels, quoiqu'ils soient néanmoins personnels; il en fait l'observation, & dit que ces Statuts sont ceux qui agissent, à la vérité, sur les biens, mais par conséquence seulement de l'état & de la condition de la personne.

Cette remarque est judicieuse, & étoit très-nécessaire: car on ne sauroit nier que, dans ce Statut, *le mineur ne peut donner, vendre, ni aliéner ses biens*, les biens ne fassent le sujet & la matiere du Statut; mais parce qu'il ne contient qu'une disposition conséquente du Statut qui regle la minorité, ce Statut est vraiment personnel, & ce sera la qualité & condition de mineur, dont la personne se trouvera être dans le lieu de son domicile, qui en décidera, encore que les biens fussent situés en Coutumes qui décidassent autrement de la condition de la personne.

Mais quand il ne s'agira pas de la capacité d'état, mais du pouvoir particulier de donner, c'est la Loi seule de sa situation qui en décide, selon notre Auteur, qui applique la décision nommément aux donations d'entre conjoints.

Parmi nous les donations d'entre conjoints, souffrent plus de difficultés, & plusieurs prétendent que c'est la Loi matrimoniale seule qui doit décider ces sortes de questions; d'autres, au contraire, prétendent que c'est la Loi de la situation; d'autres, du moins à l'égard des meubles, que c'est la Loi du domicile au jour du décès de l'un des conjoints. Examinons cette matiere dans toute son étendue.

Quelle est la Loi qui décide singuliérement si l'homme peut, ou ne peut pas donner en général?

M. Froland, en ses Mémoires sur les Statuts, *page* 847, en parlant de la capacité de donner, s'explique ainsi. « Tenez pour » maxime que quand il s'agit d'une donation entre vifs, d'une » donation à cause de mort, & d'une disposition testamentaire, » il faut toujours commencer par examiner si la personne qui » a fait l'acte en question, a eu la capacité requise pour le faire, » ou s'il ne l'a pas eue, & que cette capacité se regle par la Loi » de son domicile.

Le principe de M. Froland eſt indubitable : quand il s'agit de la capacité ou incapacité d'état & de condition, il n'y a pas de difficulté qu'il ne faut dans ce cas uniquement conſulter que la Loi du domicile, & cela eſt général pour tous les actes de la ſociété civile, à cauſe du principe tant de fois répété, que c'eſt la Loi du domicile qui regle & détermine l'état général de la perſonne.

Mais quand on parle ſinguliérement du pouvoir ou du non pouvoir de donner, on parle d'un acte particulier & reſtreint à l'acte de donation, & pour lors la queſtion réduite dans ce point de vue, on préſuppoſe dans la perſonne une capacité d'état & de condition, & tout le doute tombe ſur la capacité ou incapacité particuliere de donner.

Je dis donc que la capacité de donner peut être enviſagée, 1°. par rapport à la capacité générale & d'état de faire tous les actes de la ſociété civile, du nombre deſquels eſt la donation; 2°. par rapport à la capacité particuliere & déterminée à l'acte de donation au profit de certaines perſonnes.

Quant à la capacité générale d'état & de condition, elle ſe prend de la Loi du domicile ; propoſition inconteſtable.

Quant à la capacité particuliere de donner à telles & telles perſonnes, telles & telles choſes, ſous telles & telles conditions, je dis, en ſuppoſant que la perſonne ait la capacité d'état, que cette capacité particuliere ſe prend communément de la Loi de la ſituation ; ſeconde propoſition pareillement inconteſtable.

De ces deux propoſitions naiſſent des conſéquences uniformes, & il en naît auſſi de différentes.

L'homme capable par état, porte cette capacité par-tout.

L'homme incapable par état, porte pareillement cette incapacité d'état par-tout ; voilà qui eſt uniforme.

L'homme capable par état, peut n'être pas capable par-tout, pour certains actes particuliers ; par exemple, pour faire une donation ; mais l'homme incapable par état, eſt incapable par-tout, & pour tous actes : voilà des conſéquences différentes. Eclairciſſons ces propoſitions, & faiſons-nous entendre.

Je dis, en premier lieu, que l'homme capable par état, porte cette capacité par-tout, parce que l'état de l'homme eſt attaché & inhérent à ſa perſonne ; que par-tout il eſt tel, que la Loi de ſon domicile le déclare & le conſtitue, & que ſa perſonne & ſon état ne dépendent abſolument que de cette Loi.

Je dis, en ſecond lieu, que l'homme capable par état, peut n'être pas capable pour certains actes particuliers.

En effet, l'homme capable par état, peut avoir des biens ſitués en Coutumes qui ne permettent pas à celui même qui eſt capable par état d'en diſpoſer en certains cas & au profit de certaines perſonnes ; & cette Loi qui ne trouble pas l'état de la perſonne, & qui ne fait qu'en gêner & limiter l'exercice, eſt une diſpoſition réelle qui n'affecte que les biens ; en ſorte que la capacité perſonnelle du Statut du domicile, cede à la diſpoſition réelle de la Loi de la ſituation. *Si particulari aliquâ de cauſâ potentia agendi impediatur circumſcriptive ad aliquem actum, talis, ut ſic dicamus, afficientia ad actum particularem arctata non agit in univerſum ſtatum perſonæ, nec alibi quàm in loco afficiente loco circumſcripto*, d'Arg. art. 218, gl. 6, n. 14.

Il peut arriver même que la Loi du domicile qui déclarera un homme capable par état, le déclarera en même-temps incapable de diſpoſer de certains biens particuliers : cet homme ne pourra pas diſpoſer de ſes biens ſitués dans le lieu de ſon domicile, & il pourra néanmoins diſpoſer des biens qu'il aura dans d'autres Coutumes ; parce que, dans ces Coutumes, il ne rencontrera aucun obſtacle à l'exercice des actes que lui permet ſa capacité d'état, & que l'incapacité de la Loi du domicile n'eſt qu'une incapacité particuliere & réelle, qui n'anéantit pas la capacité d'état que l'homme porte par-tout où il ne trouve pas de diſpoſition prohibitive.

Je dis, en troiſieme lieu, que l'homme incapable par état, eſt incapable par-tout & pour tous actes.

En effet, l'incapacité d'état eſt une impuiſſance totale & entiere ; l'incapable par état d'agir reſſemble à un homme qui eſt perclus de ſes membres, il eſt impotent en quelque endroit qu'on le tranſporte.

En vain la Loi de la ſituation permettroit à l'incapable par état de donner : cette Loi qui n'a, ni autorité, ni empire ſur la perſonne, ne ſauroit l'affecter d'aucune capacité d'état ; ſon incapacité eſt une plaie générale dont la cure en tout, ou partie, dépend entiérement de la Loi du domicile.

Delà il ne faut pas conclure que ſi l'incapable par état étoit par la même Loi de ſon domicile, rendu capable en particulier pour quelque acte réel, il pourroit exercer cet acte réel pour des biens ſitués dans les autres Coutumes : car réguliérement,

&

& à parler principe, cette capacité, quoique perſonnelle, étant particuliere & réelle, elle doit être renfermée dans l'étendue de ſon territoire.

Si la capacité d'état ſe porte par-tout, c'eſt, on l'oſe dire, plutôt par un concert de toutes les Nations, néceſſaire pour le bien général, que par une raiſon de droit & de principe, puiſqu'au contraire les principes veulent que les Loix n'aient de force, de vertu & d'efficacité que dans l'étendue de leur territoire.

Donc une perſonne incapable par état, mais capable par la Loi de ſon domicile d'une capacité particuliere, pour quelque acte de commerce concernant les biens, ne pourra de droit faire cet acte pour des biens ſitués ailleurs, parce que ſa capacité eſt bornée & limitée dans le territoire; je dis plus, je dis même que de Droit étroit & rigoureux, il ne le pourra pas, encore que les biens fuſſent ſitués dans une Coutume qui admettroit la même capacité particuliere, & s'il le peut du moins dans cette Coutume, ce ne ſera jamais qu'à titre de fraternité : car, ſans cela, l'incapacité d'état influe par-tout, & la capacité particuliere du domicile n'agit que ſur le domicilié & ſur les choſes ſituées dans l'étendue du territoire.

C'eſt pourquoi tous nos Auteurs conviennent que les Loix qui permettent ou qui défendent de donner, regardent principalement la conſervation des biens dans la famille : l'objet & le matériel du Statut eſt dès-lors pur réel, & par conſéquent le Statut eſt réel, & comme tel, il eſt renfermé dans l'étendue de ſon territoire, & nulle Loi étrangere ne peut faire violence à ſa diſpoſition.

Je ne prétends pas néanmoins adopter indéfiniment le principe de Rodenburgh, & des autres qui veulent que le motif de la Loi n'entre jamais en conſidération pour fixer la qualité & la nature de la Loi, & pour décider ſi elle eſt réelle ou perſonnelle, & j'ai traité cette queſtion, *Obſerv. cinquieme.*.

Quelle eſt la Loi qui décide ſinguliérement du pouvoir de donner entre futurs conjoints?

Comme les futurs conjoints ſont encore libres, on doit les regarder comme perſonnes qui ſont étrangeres entre elles, & par conſéquent, ce que l'on vient de dire, doit être rappellé & appliqué ici.

Ce qu'il y a néanmoins de particulier & de différent, eſt qu'entre étrangers les donations ſont & doivent être de biens actuellement exiſtants, & ſous la main du donateur qui en transfere à l'inſtant une propriété incommutable; & cela eſt d'autant plus vrai, que par l'Ordonnance de 1731, les donations de biens préſents & à venir, ont été abſolument rejettées.

Mais la même Ordonnance admet ces ſortes de donations de biens préſents & à venir, nommément, entre futurs conjoints & par contrat de mariage.

Or, par rapport aux biens à venir, il peut y avoir lieu à pluſieurs conſidérations.

Je dis donc que les donations entre futurs conjoints par contrat de mariage, peuvent être, ou des biens actuellement exiſtants, ou des biens qui peuvent appartenir par la ſuite au donateur.

Quant aux donations des biens exiſtants au jour du contrat de mariage, comme les futurs ne ſont pas encore conjoints, que par conſéquent leur qualité de conjoints ne ſauroit encore leur préjudicier & leur faire obſtacle, & que nous leur ſuppoſons une capacité générale & d'état de diſpoſer, il n'y a pas de difficulté qu'il faut conſulter chaque Loi de la ſituation des biens donnés; cette queſtion ſe décide par les principes généraux de toute autre donation, & la capacité de donner ſe prendra de la Loi où les biens peuvent être ſitués.

Mais ſi les biens donnés ſont des biens futurs, pour lors il ſemble néceſſaire d'en conſidérer de deux ſortes : les uns qui écherront, & qui ſeront ſitués dans un endroit, plutôt que dans un autre, ſans le fait des conjoints, comme par legs, ſucceſſions, donations, &c. & il faut ſuivre, pour ces biens, la Loi de la ſituation; mais quant aux biens futurs qui appartiendront aux conjoints par leur fait, c'eſt-à-dire, par l'acquiſition qu'ils en feront, il y a plus de doute, parce qu'ils peuvent acquérir dans une Coutume libre, ou dans une Coutume de prohibition, & par-là ſe rendre maîtres de donner telle étendue & telle reſtriction que bon leur ſemblera, à la donation qu'ils ſe ſont faite par contrat de mariage, ſuppoſé qu'il faille ſe déterminer par la Loi de la ſituation.

J'eſtimerois donc que par rapport à ces biens futurs, & qui ſont acquis pendant le mariage, par le fait & miniſtere de l'homme, il faudroit recourir à la Loi du domicile matrimo-

nial ; ſi elle autoriſe ces ſortes de donations indéfinies, j'eſtime qu'il faut ſuivre la convention dès qu'elle eſt permiſe par la Loi du domicile matrimonial, en quelques Coutumes d'ailleurs que les biens acquis ſoient ſitués, & cela pour éviter la fraude : c'eſt une raiſon qui milite dans tous les Pays, & à laquelle chaque Coutume doit ſouſcrire pour la manutention des conventions, & c'eſt ce que je trouve jugé par Arrêt rapporté par Montholon, *Arrêt* 81.

Le ſieur Larchant, Capitaine des Gardes, contracte mariage à Paris, où il étoit domicilié, avec une perſonne qui y étoit pareillement domiciliée.

Par leur contrat de mariage paſſé à Paris, il avoit fait donation à ſa future de tous ſes acquêts à lui appartenants au jour de ſon mariage, & de tous ceux qu'il feroit pendant icelui, & tous ſes biens, tant acquis pendant le mariage, qu'auparavant, étoient ſitués en Normandie.

Par Arrêt prononcé à la Pentecôte 1595, on diſtingua les acquêts exiſtants au jour du mariage, & les acquêts faits pendant le mariage. La donation des meubles & acquêts faits pendant le mariage, fut confirmée ſuivant la convention du mariage paſſé à Paris, en quelque part que leſdits acquêts fuſſent aſſis ; quant à la donation des acquêts faits avant le mariage, la réduction en fut faite au tiers, ſuivant la même Coutume de Normandie.

Cette donation fut ainſi réduite au tiers, conformément à *l'art.* 431 de cette Coutume : car pour lors le Réglement de 1666 n'étoit pas encore intervenu, qui porte, *en l'art.* 73, que le mari ne peut, en faveur de mariage, donner à ſa femme aucune part de ſes immeubles.

Mais ſi le domicile matrimonial des futurs conjoints eſt dans une Coutume qui ne permet pas de diſpoſer gratuitement de la totalité de ſes acquêts, quand l'on n'a pas des propres, & que les conjoints ſe ſoient donnés, par contrat de mariage, tous les acquêts qu'ils feront pendant leur communauté, Chopin, ſur Anjou, *lib.* 3, *cap.* 2, *tit.* 1, *n.* 14, *de acquiſit. lati fundi*, emploie une diſtinction : ou la donation eſt faite au plus vivant des deux, & pour lors, *non tam largitio quàm conventio ſociorum eſſet appellanda ;* & la convention auroit lieu en ſon entier : ou elle n'eſt qu'au profit de l'un des deux, & elle doit être exécutée ainſi, & de la maniere permiſe par la Loi

d'Anjou, où il présuppose que les biens acquis sont situés.

J'aurois peine à adopter cette décision, & je croirois que quand même ces acquisitions seroient situées dans des Coutumes prohibitives, le donataire les auroit en entier, à cause de la fraude : la convention obligeant à acquérir dans des Coutumes où elle puisse être exécutée.

Elle le seroit dans les Coutumes muettes ; elle le seroit encore dans les Coutumes simplement négatives, & je crois qu'elle devroit l'être dans les Coutumes prohibitives, les conjoints y eussent-ils contracté mariage, parce que la prohibition de la Loi ne peut tomber que sur les biens acquis, & non pas sur des biens à acquérir : la convention n'est pas nulle dans son principe, & ne doit pas être enfreinte par le fait de l'homme. Voyez la suite de la présente Observation.

Quelle est la Loi qui décide du pouvoir de donner entre conjoints actuels ?

M. Froland, en ses Mémoires sur les Statuts, a divisé cette matiere en deux Chapitres : au Chapitre 18, *page* 840, il agite la question générale de savoir si les Statuts qui permettent, ou défendent les donations pures & simples, mutuelles & testamentaires entre conjoints, sont des Statuts réels, ou personnels.

En la *page* 862 il traite plus particuliérement celle de savoir quelle Coutume on est obligé de suivre par rapport au don mutuel ; & *page* 863, il dit qu'il auroit bien de la peine à croire, dans l'usage où nous vivons aujourd'hui, qu'on dût toujours suivre la Coutume du domicile des conjoints, pour juger de leur capacité en matiere de donation mutuelle.

Page 904, il agite les questions qui peuvent encore tomber sur le don mutuel, dans le cas où les Coutumes ont des dispositions opposées par rapport à la qualité des personnes, à celle des biens, à l'égalité, à l'âge, à l'existence des enfants, à la survie pendant un temps, & au consentement des parents habiles à succéder aux donateurs ; & après des raisonnements assez longs, voici comme il termine, *page* 924.

Pour ce qui est de moi, je ne saurois m'empêcher de dire que la matiere que nous avons ici pour objet, est très-difficile à traiter, & j'ose même ajouter qu'il y auroit du danger à vouloir se

former un principe général, pour réſoudre toutes les queſtions auxquelles elle peut donner lieu, & ne pas faire certaines diſtinctions qui peut-être ſont néceſſaires à faire par rapport à la forme des actes, à la capacité des donateurs, & à la ſituation des biens.

De tout ce que nous venons de rapporter, on voit qu'après ſoixante pages d'imprimé, M. Froland ne décide encore rien, & qu'il croit qu'il eſt difficile de prendre un parti certain. Tâchons donc d'éclaircir cette matiere : il ne faut pas reſter en chemin, quand il n'en coute que de méditer les principes & de les approfondir; mais j'obſerverai que nos queſtions mixtes ne ſe décident pas volontiers par des lieux communs, des raiſons uſuelles, & de tous les jours, mais par des raiſons propres & viſcérales tirées de la nature des Loix qui concourent entre elles; & je dis, à cette occaſion, ce que diſoit autrefois M. Ch. du Molin, en ſon *Conſ.* 45, *n.* 5, *ad deciſionem quæſtionum, & caſuum particularium, non ſum ſolitus adducere rationes, ſeu theorias generales quæ, ut inquit Baldus, non illuminant intellectum practicum qui conſiſtit in ſingularibus, & multo minùs argumentari ſoleo à remotis, & his quæ non concludunt : aſſumendo igitur ea quæ ſunt punctualia ad deciſionem, &c.*

Il faut convenir que nos meilleurs Auteurs ſe ſont trouvés diviſés entre eux. Les uns ont eſtimé que la prohibition de ſe donner entre conjoints, étoit perſonnelle; que cette prohibition n'étoit faite que pour conſerver & maintenir l'union & la paix entre conjoints; que c'étoit là le matériel du Statut qui devoit par conſéquent être régi par la Loi du domicile, & ils citent un Arrêt du 16 Mai 1616; tel a été l'avis de Barthole, & parmi nos Juriſconſultes François, celui de Coquille & de Pontanus, *tit.* 12, §. 13. D'autres, comme Balde, ont eſtimé que cette prohibition étoit réelle.

Et quant à ce qu'on oppoſe que le motif de la Loi eſt l'union & la concorde d'entre eux, & que ce motif eſt perſonnel, & rend le Statut perſonnel, ils répondent avec Abraham à Veſel, *art.* 1 des Conſtitutions d'Utrecht, *n.* 17, *quanquàm enim conjugalis concordia ſit actus perſonalis, cùm tamen habeat fundamentum in re, ſive ſubjectum reale, bonorum ſcilicet inter conjuges ſpoliationem inhibitam, non tam poteſt dici objectum diſpoſitionis ſtatuti quàm adjunctum inſeparabile, atque effectus diſpoſiti. Prohibitio enim inter virum & uxorem bonorum aliena-*

tionibus, metus, minæ, blanditiæ absint. Concordia autem inter eos vigeat necesse est; & il semble qu'aujourd'hui tous les sentiments sont réunis pour ce dernier parti. J'en ai rapporté les autorités en ma Question 6e, sur les démissions de biens, imprimée en 1727.

Sur cette question il peut y avoir plusieurs partis à embrasser. Le premier sera de se déterminer pour la Loi du domicile matrimonial, & de n'autoriser entre conjoints, les donations, en quelque endroit que les biens soient situés, qu'autant que cette Loi le leur permet. Le second sera de se déterminer par la Loi du domicile, au jour de la donation. Le troisieme sera de se déterminer par la Loi où les biens sont situés.

M. le Président Bouhier, *ch. 22, n. 94 & suivants*, a embrassé le parti de la Loi matrimoniale, & il faut convenir que ce parti préviendroit des difficultés assez considérables dans tout autre systême.

En effet, (& ce sont à peu près les raisons de ce grand Magistrat), les droits des conjoints seront incessamment exposés à mille variations, soit par des changements de domicile, soit par des acquisitions faites dans des Coutumes, plutôt que dans d'autres. Disons plus, les conjoints se trouveront exposés à quantité de surprises, & le sort de la femme seroit encore plus triste par la dépendance où elle est envers son mari; dépendance qui l'assujettiroit à tous les caprices & à toute l'avidité de son mari.

Les droits des conjoints sont, en quelque maniere, fondés sur une cause publique. Il importe, pour la tranquillité du dedans de l'Etat, qui résulte de la tranquillité des familles, que les conjoints vivent en paix entre eux, sans pouvoir changer la situation dans laquelle la Loi de leur domicile matrimonial les place. Les conjoints n'ont point dès-lors à craindre les vues ambitieuses qui peuvent naître dans l'esprit de l'un d'eux.

Aussi Me Ch. du Molin, *en son Conseil* 31, est-il d'avis de se référer au premier domicile, en ce qui regarde les droits des conjoints; c'est-à-dire, au domicile que les conjoints ont au jour de leur mariage. *Primum domicilium semper inspiciendum.* C'est sur le pied de cette Loi qu'ils se sont unis; en sorte que M. le Président Bouhier s'arrête à un principe simple, qui est de régler tout ce qui regarde le pouvoir des conjoints entre eux, & leurs droits respectifs, comme si l'un d'eux étoit dé-

cédé peu de temps après leur mariage. Ce principe eſt admis pour la communauté; quelle difficulté de l'admettre pour les donations?

Cet avis peut être fortifié du ſuffrage du Commentateur de la Coutume d'Artois, *art.* 89, *n.* 38 & 41, où il dit, qu'encore que, en Artois, les conjoints ne puiſſent pas s'avantager entre vifs, néanmoins des conjoints domiciliés à Paris, & par-tout ailleurs, où le don mutuel fait entre vifs, eſt permis, peuvent valablement comprendre dans celui qu'ils ont fait, l'uſufruit des conquêts ſitués en Artois.

Enfin cet avis eſt d'autant plus judicieux, qu'en ce qui regarde les conquêts, il ſemble que les conjoints ne puiſſent être aſſujettis qu'à la Loi qui régit la communauté, & qui les rend conquêts.

Pour le ſecond parti qui eſt pour la Loi du domicile, au jour de la donation, (& cet avis eſt celui que Ricard a embraſſé), on dit que, quoique l'exécution de ces donations (dons mutuels) ſoit remiſe au jour du décès du premier mourant, ſon effet en ſoi, qui doit être principalement conſidéré, commence du jour du contrat, lie & arrête les volontés des Parties, & fait que cet acte eſt, en quelque matiere, une diſpoſition entre vifs; d'où il ſuit que dès le jour du contrat, celui des conjoints qui doit ſurvivre, eſt fait propriétaire ſous la condition de la ſurvie.

Mais M. le Préſident Bouhier répond à cela, qu'il arriveroit trop d'inconvénients de ce parti, par les différents changements de domicile, & que les Loix ne doivent pas ainſi dépendre du caprice des particuliers.

Enfin il y a le dernier parti qui eſt pour la Loi de la ſituation, au jour du décès du prémourant; & pour ce parti, on dit que ſi la Loi qui défend les donations, *habet quaſdam perſonales conſiderationes*, comme dit d'Argentré, *art.* 218, *gl.* 6, *n.* 14, elle tire ſa conſidération principale des choſes *à rebus, gentili pecuniâ, ſucceſſione, & propagatione familiarum, quæ reales potiùs ſunt, non ut illæ Juris Romani à perſonis ſumptæ;* & plus bas, *n.* 29, *nec enim perſonale dici debet, etſi perſonaliter de viro, & uxore diſponat, & poſſit etiam conſideratio talis ſtatuti rationem prohibitionis quadam ex parte elicuiſſe à qualitate virili & uxoria, ſed non ab ea ſola, imo multo magis hæredis reſpectu, ſed de rebus ſoli agitur de quibus ipſis ſtatutum cui res ſubjiciuntur, prohibet ne fiat.*

Nos dispositions de Coutumes ont donc en vue l'intérêt des parents, *propter interesse hæredum;* c'est pour empêcher que l'un des conjoints ne dépouille les héritiers de l'autre; c'est pour prévenir la facilité qu'ils auroient d'y parvenir que la Loi a fait ces sortes de prohibitions, & c'est pour conserver les biens dans les familles.

Ainsi la Loi en cette partie est toute réelle; le matériel en est les biens, & le Statut ne met dans les conjoints qu'une incapacité particuliere & pure réelle, qui ne sauroit, par conséquent, dépendre que de la Loi de la situation.

Aussi c'est ce qui a été décidé par plusieurs Arrêts, & ce qui se trouve soutenu de l'avis de nos meilleurs Auteurs.

Pour commencer par les Auteurs, je n'en ai point trouvé qui ait mieux prouvé & mieux établi cette question, que Constant sur la Coutume de Poitou, en sa Préface : ce passage est long; mais vous ne serez pas fâché de le trouver ici sous vos yeux.

Si vir & uxor in hac Pictonum provincia commorantes sibi mutuo donent omnia sua mobilia, & quæstus immobiles, & tertiam partem patrimonii, & habeant bona immobilia, sive quæstus, sive propria sita in Provincia Enculismensi, cujus consuetudine vir & uxor, liberis existentibus, nihil omnino donare possunt sive mutuâ, sive simplici donatione, certum erit hujusmodi donationem nullum habere effectum in bonis immobilibus patriæ, seu consuetudinis Enculismensis, & è contra, & sane ita judicatum arresto supremi Parisiensis Senatûs pro vidua domini Præsidis de Monbrun, 14 *Augusti anno* 1574, *quo Senatusconsulto donatio facta à Parisiensi, sive conjugi suæ bonorum suorum quæ sita erant in patria Juris scripti, bona, & valida dicta declarata est respectu immobilium, quæ erant in dicta patria Juris scripti, & eadem donatio dicta, & declarata est nulla, & nullius virtutis respectu bonorum quæ erant in consuetudine Parisiensi, quâ donatio inter virum & uxorem est expresse prohibita, in qua causa dictæ viduæ de* MONBRUN, *prius judicatum erat præcedenti placito dicto* 8 *Maii* 1575, *dictam donationem omnino nullam, sed propositus fuit error contra hoc primum placitum, in qua instantia erroris, placitum illud primum erroneum declaratum est, & reparando errorem secundùm arrestum supra dictum datum fuit. Hoc idem judicatum fuit alio Senatusconsulto inter Dominum Cotel senatorem, & civem Parisiensem maritum domicellæ*

Hilariæ

Hilariæ Barbier, & ejus donatariam, & dominum Papon, & alios hæredes collaterales dictæ Barbier, quo arreſto donatio dicti Cotel, declarata eſt nulla ratione bonorum quæ erant in conſuetudine Pariſienſi, ubi erat domicilium conjugum, ſed declarata eſt bona ratione immobilium quæ erant in Pictonum conſuetudine; & hoc adhuc judicatum eſt Senatuſconſulto Pariſienſi die duodecimâ Januarii anno 1613, *relatore domino Le Roy, conſultis claſſibus pro Maria Bigaud hærede Franciſci Bigaud, contra dominum Joannem de Rochechouard appellantem à ſententia data in præſidiali curia Enculiſmenſi, die* 29 *Aprilis* 1611: *in hac facti ſpecie Franciſcus Bigaud, & Maria Aubry, matrimonium ſimul contrahentes, contractu ſui futuri matrimonii facto die ſextâ Decembris anno* 1569, *conveniunt*, qu'ils pourront ſe donner pendant leur mariage, en quelque part que leurs biens ſeroient ſitués & aſſis, tout ce qu'il leur étoit permis de ſe donner par la Coutume de Poitou, nonobſtant toutes les Coutumes à ce contraires, auxquelles ils auroient dérogé. *Hæc enim expreſſa erant verba hujus conventionis; conſtante illo matrimonio, ſibi mutuo donant omnia ſua mobilia, quæſtus & conquæſtus omnes, & trientem patrimonii, ut licitum eis erat conſuetudine Pictonum; poſt hanc donationem Franciſcus Bigaud moritur; qui habebat bona immobilia in Enculiſmenſi conſuetudine in qua vir & uxor non poſſunt ſibi invicem donare, niſi ſimplicem uſumfructum partis bonorum, nihil autem in perpetuum; quæſtio erat an hæc donatio valeret in perpetuum pro tertia parte proprii dicti Bigaud, ſiti in conſuetudine Enculiſmenſi: at licita & bona erat talis donatio in conſuetudine Pictavienſi: præſidiales Enculiſmenſes ſua ſententia judicaverant conſuetudines eſſe reales, & ſuo territorio legem dantes, atque ita donationem hanc non valere niſi pro uſufructu tertiæ patrimonii dicti Bigaud, ſiti in conſuetudine Enculiſmenſi, à qua ſententia cùm appellaſſet vidua donataria, Senatus, conſultis primum claſſibus per Dominum Le Roy, relatorem, & Dominum Courtin, collegas ſuos, in ſecunda claſſe inquiſitionum hanc ſententiam confirmavit in dicta claſſe die* 12 *Januar. anno* 1613.

Etienne Pallu ſur *l'art.* 243 de la Coutume de Touraine, a auſſi fort bien traité cette queſtion. « Quelques-uns, dit-il, ont » voulu douter ſi les conjoints domiciliés en Pays de Touraine, » (où les conjoints n'ayant même point d'enfants, ne peuvent ſe » donner leurs acquêts qu'à vie,) qui ont des biens en autres

»Provinces, *puta*, en Anjou, où il est permis de se donner la »propriété des acquêts, peuvent en donner de ceux d'Anjou, au »plus avant que l'usufruit, suivant notre article, prétendant »que les Coutumes ne sont réelles, sinon ès choses qui sont de »leur disposition absolue, comme ès hérédités, & non lorsqu'el»les dépendent des dispositions de personnes qui doivent régler »leurs volontés, selon les Loix des lieux où ils font leur demeu»re; *quia tunc verba Statuti videntur in personam concepta.* Co»quille au lieu sus-allegué, *art.* 27, du titre des Droits des gens »mariés, semble avoir eu pente à cette opinion, & Pitou sur »*l'art.* 84, de Troyes; mais le premier avoue que la plupart des »Docteurs y ont été contraires, & tenu que les Coutumes sont »réelles & locales pour les fonds qui y sont renfermés, & n'ont »leur effet pour les biens situés ailleurs. Pitou dit qu'il a été »jugé pour la donation, en la proposition d'erreur pour la veuve »de M. le Président de Saint-André, sieur de Monbrun, & »jugé que les hommes peuvent disposer, étendre, ou restreindre »leurs volontés, selon les regles des lieux où leurs biens sont »assis. Du Molin sur le cons. 16 d'Alexandre, le détermine sans »difficulté : *teneas indistincte quod Statuta, vel consuetudines* »*tanquam reales non extenduntur extra sua territoria.* Ce qui est »hors de doute au Palais.»

Vander Muelen sur les Coutumes de Vianen & d'Ameyden, qui ne permettent pas aux maris & femmes, de se donner *sive directe, sive indirecte, actu inter vivos, aut ultimâ voluntate*, demande de quelle nature est ce Statut, & il décide, *Statutum illud esse reale, nec se extendere ad bona alibi sita.* Ouvrez nos Auteurs François, Flamands, Hollandois, Allemands, Espagnols, c'est un langage uniforme.

Quant aux Arrêts, nous avons en France ceux ci-dessus rapportés par Constant, deux autres de 1615 & de 1623, rendus pour la Coutume de Chartres, rapportés par Brodeau, *Lettre C. n.* 42, & par Vrevin sur Chauny, *art.* 59.

M. René Chopin sur Paris, *liv.* 2, *tit. n.* 15, rapporte d'après Peckius, *de testam. conjug. chap.* 12, un Arrêt semblable du Conseil de Malines.

Mais pour nous rapprocher de plus près des derniers temps, nous avons celui de 1663, rendu en la Grand'Chambre, entre M. des Hameaux, d'une part, & la Dame veuve de M. de Miroménil, Maître des Requêtes, donataire mutuelle de son mari, d'autre.

Le contrat de mariage de M. & Madame de Miroménil avoit été paſſé à Paris, avec ſoumiſſion à la Coutume de Paris, & dérogation à toute autre; ils avoient fait des acquiſitions en Normandie, où, ſuivant *l'art.* 410, gens mariés ne peuvent céder, donner & tranſporter l'un à l'autre quelque choſe que ce ſoit, ni faire contrat ou conceſſion, par leſquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout, ou partie, directement ou indirectement.

Les ſieur & Dame de Miroménil s'étoient fait un don mutuel; le ſieur de Miroménil étoit décédé le premier; ſon héritier ſoutenoit qu'il falloit ſuivre la réalité des Coutumes, & par conſéquent *l'art.* 410 de la Coutume de Normandie.

La Dame de Miroménil ſurvivante, ſoutenoit de ſa part qu'il falloit ſuivre la Loi où le contrat de mariage avoit été paſſé; mais par l'Arrêt on jugea pour la réalité: voilà pour le cas où la Coutume de la ſituation eſt prohibitive; voici une autre déciſion pour le cas où la Coutume de la ſituation eſt permiſſive, & va au-delà de ce que la Loi du domicile des conjoints permet.

M. le Préſident des Hameaux & la Dame ſon épouſe étoient mariés à Paris, avec ſtipulation de communauté, ſoumiſſion à cette Coutume, dérogation à toute autre; ils s'étoient fait un don mutuel depuis leur mariage; il y avoit des biens à Paris, & il y en avoit à Senlis, & dans cette derniere Coutume on peut donner en propriété. On jugea que la Dame des Hameaux auroit la propriété des biens ſitués à Senlis, par Arrêt du 7 Janvier 1671. Cependant, à l'égard de ce dernier Arrêt, voyez ce que dit M. Froland, *page* 888 de ſes Mémoires ſur les Statuts, où il révoque en doute l'exiſtence de cet Arrêt.

Me Ch. du Molin, *en ſon Conſ.* 53, a cru auſſi qu'il falloit ſuivre indiſtinctement la Loi de la ſituation, même pour les conquêts de peine.

Il eſt vrai qu'il commence par poſer pour principe, que ceux qui contractent dans le lieu de leur domicile, ſont préſumés adopter toutes les Loix de ce lieu. *Qui ſimpliciter contrahunt in loco ſui domicilii, intelliguntur eo ipſo contrahere, & paciſci ſecundùm mores & conſuetudinem notoriam illius loci, niſi aliter expreſſe caveant.*

S'il poſe ce principe, c'eſt pour établir que des conjoints qui ſe marient dans une Coutume de communauté, contractent

dès-lors, entre eux, ce droit de communauté qui a lieu, non pas en vertu de la Coutume, parce que, dans ce cas, elle ne s'étendroit pas au-delà du territoire où la Loi a droit de commander : *Non debet egredi fines, & limites consuetudinis localis, nec porrigere effectum ultrà locum consuetudinis ;* mais en vertu d'une convention tacite, *tanquàm pars contractûs, & lex privata, & conventionalis à contrahentibus volita, inducta & disposita.*

Les raisons qu'il en donne sont, 1°. Que si les conjoints n'avoient pas voulu admettre une pareille communauté, ils auroient disposé entre eux autrement; en sorte que faute de s'être arrangé d'une autre maniere, ils sont présumés avoir voulu suivre & adopter la Loi du lieu qui devient pour eux une Loi de convention. *Tum quia non inesset nisi contrahentibus placeret, quia posset aliter libere disponere ; sed solum ideo inest, quia censentur contrahentes ita ad invicem pepigisse & convenisse eo ipso quod aliter non disponant.*

2°. Que dès-lors il naît une action que donne, non la Loi, ni la Coutume, mais la convention : *non competit condictio ex statuto & moribus, nec alia actio dativa à lege, vel consuetudine, sed competit ipsa actio dativa ex contractu, tanquam ex negotio privatim sic gesto & placito inter partes.*

Mais ce principe de Me Ch. du Molin, que ceux qui contractent dans le lieu de leur domicile, sont présumés contracter suivant les Loix qui y sont observées, & qu'elles passent en forme de contrat convenu & accordé entre les Parties, ne doit pas s'appliquer à toutes les Loix qui s'observent dans le lieu du domicile; parce que, comme dit M. d'Argentré, *si à simplici legis, aut statuti dispositione conventio personalis inferri posset, consequeretur statutis omnibus inesse conventiones falsissimâ illatione, cùm multum ubique intersit inter provisionem legis, aut hominis.*

Aussi Me Ch. du Molin n'étend pas son principe si loin.

Suivant son principe de la convention présumée, il faudroit dire que des conjoints mariés & domiciliés en la Coutume de Paris, où il ne leur est permis, depuis & pendant leur mariage, de se donner que les conquêts, & même en usufruit, & par don mutuel, ne pourroient pas s'avantager en propriété, des conquêts situés en Coutumes où il est permis de s'avantager, & cela à raison de la soumission présumée à la Coutume du

domicile matrimonial, qui opere une convention du moins tacite. Cependant Me Ch. du Molin, dans ce même *Conſ.* 53, décide que des conjoints domiciliés à Paris, avoient pu ſe donner mutuellement en propriété, les biens ſitués en Pays de Droit écrit, qu'ils avoient acquis pendant leur mariage.

Voici un autre Conſeil de Me Ch. du Molin, qui eſt le 31, & qui ſert à faire connoître que la ſoumiſſion préſumée à la Coutume du lieu où l'on contracte, ne s'entend pas d'une ſoumiſſion générale, à toutes les Loix de ce lieu, & qu'en fait de diſpoſitions teſtamentaires entre conjoints, il faut ſuivre la réalité; c'eſt-à-dire, la ſituation des biens.

Un homme domicilié en la Ville d'Axel en Flandres, ſe maria dans une autre Province, & amena ſa femme à Axel, lieu de ſon domicile; il y avoit entre eux un contrat de mariage relatif à la Coutume du domicile du mari.

Le mari va par la ſuite à Anvers, pour occaſion d'affaires, & y demeure avec ſa femme pendant dix ans, où elle décede.

A Axel il n'eſt point permis de déroger, en aucune maniere, aux conventions matrimoniales, & les conjoints ne peuvent ſe donner, ni par teſtament, ni par aucun autre acte de diſpoſition derniere.

La femme avoit un bien ſitué à Anvers, où les conjoints ne peuvent pareillement changer, augmenter, ou diminuer aux conventions matrimoniales, & ne peuvent ſe donner, ſi ce n'eſt par teſtament, ou diſpoſition à cauſe de mort, mutuelle & réciproque.

Elle avoit, par un acte à cauſe de mort, fait quelque déclaration au profit de ſon mari qui altéroit & changeoit ce qui étoit écrit dans ſon contrat de mariage, & elle lui avoit légué le bien qu'elle avoit à Anvers.

Me Ch. du Molin, conſulté ſur cette eſpece, répondit que cet acte à cauſe de mort, ne pouvoit produire aucun effet, en ce qui dérogeoit aux conventions matrimoniales, parce que c'étoit la Loi d'Axel qui devoit régir ces conventions, & que cette Loi ne permettoit pas aux conjoints d'y rien ajouter, ni de ſe donner par teſtament, ou codicille.

Que la Loi d'Axel, où le mari avoit ſon domicile au jour de ſon mariage, étoit tellement immuable à cet égard, que quand même les conjoints auroient depuis changé de domicile, c'étoit toujours ce premier domicile qu'il falloit avoir en

vue, *& quandò transtulisset domicilium, semper primum domicilium primæ habitationis, quoad hujusmodi pacta, & eorum firmitatem, & leges dicti loci debent attendi.*

Que par la demeure de dix années à Anvers, il n'y avoit pas eu de changement de domicile, cette demeure n'ayant été qu'occasionnelle.

Qu'à la vérité, en ce qui concernoit les biens en fonds, situés à Anvers, appartenants à la femme, elle en auroit pu disposer au profit de son mari, encore qu'à Axel lieu du domicile matrimonial, telle disposition n'eût pas été valable, mais bien entendu que la disposition eût été mutuelle, ainsi que le requéroit la Coutume d'Anvers; ce qui ne pouvoit être dans l'espece particuliere, puisque le mari n'avoit pas de biens à Anvers.

De ce Conseil de Me Ch. du Molin, il suit plusieurs décisions.

La premiere, que ce n'est ni le lieu où s'est célébré le mariage, ni le lieu du domicile de la femme, lorsqu'elle se marie, qui décide des conventions matrimoniales, mais le seul domicile du mari, & où il emmene sa femme.

2°. Que le domicile du mariage est immuable, quant à ces sortes de conventions matrimoniales, nonobstant toute autre translation de domicile.

3°. Qu'encore que la Loi du mariage ne permette pas aux conjoints de se léguer par testament, cela n'a lieu que pour les biens qui y sont situés, & que si les biens étoient situés dans des Coutumes qui autorisent les legs, on peut user du bénéfice de la Loi.

4°. Que si cette Loi de la situation prescrit aux conjoints une certaine nature de disposition, comme par testament mutuel, cette nature de disposition doit être nécessairement observée, à peine de nullité de la disposition.

5°. Enfin, que qui dit un testament mutuel, dit un testament par lequel les conjoints se font un avantage égal & réciproque, & par lequel le survivant de l'un, ou de l'autre, peut proportionnellement profiter, autant dans les biens du prédécédé, que le prédécédé, s'il eût survécu, auroit profité dans ceux du survivant, si ce n'est que la Loi interprete cette *mutualité* autrement.

D'où l'on voit que Me Ch. du Molin ne donne pas à son principe de la convention présumée, une étendue générale &

indéfinie; parce qu'autrement les conjoints étant réglés par la Loi d'Axel, & ce par une convention préſumée, & que cette Loi ne permettant aucun avantage entre conjoints, ils n'auroient pas pu ſe donner les biens ſitués à Anvers, en quelque maniere que ce ſoit, même par donation mutuelle, & néanmoins il ne rejette la donation en queſtion, que parce qu'elle n'étoit pas mutuelle, conformément à la Loi de la ſituation.

Il eſt vrai que, dans ce ſyſtême, les droits des conjoints ſeront expoſés à une grande viciſſitude, ſoit par des acquiſitions qui ſeront faites dans une Coutume, plutôt que dans une autre, ſoit par des changements de domicile, ſoit même, comme nous allons le dire bientôt, en changeant des fonds contre des deniers, ou des deniers contre des fonds; mais comme nous exceptons le cas de la fraude, cette viciſſitude ne naît que de la variété des Loix qui regnent dans le Royaume; & puiſque cette variété ſubſiſte, & que ces Loix ont droit de ſe faire obéir, il eſt néceſſaire que les conjoints ſoient ſoumis à ces Loix, ainſi que tout le reſte des ſujets qui ſouffrent pareillement de la variété des Loix en quantité d'autres occaſions.

Si ce ſyſtême a ſes inconvénients, celui du domicile matrimonial a les ſiens.

En effet, s'il falloit ſuivre la Loi du domicile matrimonial, il arriveroit que les conjoints qui ſeroient mariés en Coutumes prohibitives, ne pourroient pas ſe donner les biens même ſitués en Coutumes permiſſives; mais il faudroit réciproquement que ceux qui ſeroient mariés en Coutumes permiſſives, puſſent donc ſe donner les biens ſitués en Coutumes prohibitives, & ce ſeroit faire la Loi dans une Coutume étrangere, pour des choſes particulieres, & qui ne dépendent pas de l'état & de la condition de la perſonne; à moins de dire comme Barthole, que le Statut qui défend les donations entre conjoints, eſt perſonnel, ayant pour ſeul objet, & pour le matériel du Statut, la paix, l'union & la concorde entre conjoints.

Mais ſi cela étoit, il auroit donc fallu défendre toute donation entre conjoints. Cependant il y a peu de Coutumes, entre celles mêmes qui ſont prohibitives, où cette prohibition ſoit entiere & complete; ce qui fait connoître que c'eſt en vue ſeule de conſerver les biens dans chaque famille; que la prohibition eſt faite, & que ſelon que les Coutumes ont plus, ou moins veillé pour les héritiers, elles ont plus, ou moins permis aux conjoints de ſe donner.

Mais, dit-on, il est bien plus simple de déférer tout à la Loi matrimoniale, & que ce soit le moment du mariage qui fixe, entre les conjoints, tout ce qu'ils peuvent entre eux.

A quoi l'on répond que le principe peut être bon en certains cas, & par rapport à certains avantages légaux de nos différentes Coutumes, & encore par rapport à ce qui peut passer en convention tacite ; mais l'on a fait voir ci-devant que la prohibition, ou la permission légale aux conjoints, de se donner, ne pouvoit pas passer en convention tacite, suivant l'autorité même de Me Ch. du Molin, & que les donations en question étoient des avantages de l'homme, & non de la Loi ; que la volonté des deux conjoints devoit concourir, & que les Loix de la situation ayant autorisé ce concours, il falloit y déférer.

Il est vrai qu'on oppose que la volonté des conjoints est liée, quand ils sont mariés dans une Coutume de prohibition ; mais c'est une pétition de principe, parce que ceux qui décident pour la réalité du Statut, nient que la volonté des conjoints soit liée, puisqu'au contraire la Loi de la situation, de laquelle seule la volonté peut dépendre à cet égard, l'autorise expressément.

On convient que si on faisoit un réglement sur cette question, le réglement qui seroit en faveur de la Loi matrimoniale, préviendroit bien des questions, & même des inconvénients; mais un Jurisconsulte n'est pas un Législateur, & il ne peut décider que par les principes de la matiere, & ce seroit s'en écarter, que de décider autrement.

Pour moi, dans ces différents partis, j'estime qu'il faut distinguer les différentes Coutumes & les différentes donations.

Si les conjoints font entre eux une donation entre vifs & irrévocable, sa validité dépend de la Loi de la situation actuelle des biens.

Mais si la donation est à cause de mort, ou se réfere aux biens qui se trouveront au jour du décès, ce sera encore, à la vérité, la Loi de la situation qui décidera, non pas celle actuelle au jour de la donation, mais celle actuelle au jour du décès du prémourant.

Je me fonde pour cela : 1°. Sur ce que les Loix commandent naturellement & nécessairement aux biens qui sont situés dans leur étendue.

2°. Que les conjoints en se donnant, ne se donnent que les biens qu'ils auront au jour de leur décès.

3°. Que

3°. Que dès-lors ils ne donnent que relativement aux Loix qui régiront les biens au jour de ce décès.

4°. Que le *vinculum* contracté entre les conjoints, n'eſt que pour lier les Parties, de maniere qu'ils ne puiſſent rien faire en fraude & contre la bonne-foi qu'ils ſe doivent, & qui eſt dûe en général à tous les contrats.

5°. Sur ce que la prohibition de ſe donner entre conjoints, eſt en faveur des héritiers, comme nous l'avons dit, & par conſéquent eſt toute réelle, & l'Arrêt de Gambard, cité ſur l'Obſervation ſuivante, fortifie ce parti.

Ce que nous venons de dire regarde les effets qui ont une aſſiette, ſoit réelle, ſoit fictive dans un lieu; mais que faut-il dire par rapport aux deniers ſtipulés par contrat de mariage, propres & immobiliers entre conjoints? Quelle eſt la Loi qui doit les régir?

Il eſt certain que ces ſortes de deniers ſtipulés propres & immobiliers, ſont en eux-mêmes de purs deniers qui, par fiction, deviennent des propres volants qui n'ont point d'aſſiette. Il ſemble donc qu'ils ſeroient attachés à la perſonne, & devroient ſuivre ſucceſſivement la Loi des différents domiciles, à l'exemple des rentes conſtituées.

Mais d'un autre côté l'on oppoſe qu'ils ſont rendus propres par convention matrimoniale; que cette convention portée par un titre auſſi reſpectable, doit être exécutée en ſon entier: *ſi quis mulierem deſponſaverit, quidquid ei per tabularum, ſeu chartarum inſtrumenta conſcripſerit, perpetualiter inconvulſum permaneat*, diſent les Loix Ripuaires, *cap.* 37, *de dotibus mulierum*, & la raiſon en eſt que le mariage étant de ſa nature indiſſoluble, *individuam vitæ conſuetudinem continens*, il eſt juſte que les accords & les conventions qui l'ont précédé, & qui en ſont la baſe, participent de ſa nature, *cùm pacta debeant imitari naturam contractuum quibus apponuntur*, & qu'il faut pénétrer quel peut avoir été l'eſprit & l'intention des contractants.

Or, la ſtipulation de propres peut avoir différents dégrés. On ſtipule un meuble propre aux conjoints pour l'exclure de la communauté d'entre eux, & en ce cas ce meuble reſte meuble en lui-même; il n'eſt propre & immeuble que vis-à-vis la communauté, tant qu'elle ſubſiſte & qu'elle n'eſt pas partagée; hors l'intérêt de la communauté, il eſt meuble.

Quelquefois on pouſſe la convention juſqu'à ſtipuler le meuble propre à l'un des futurs & aux ſiens, c'eſt-à-dire, à ſes enfants, & à ſes deſcendants ; & dans ce cas la ſtipulation a pour objet non-ſeulement d'exclure le meuble de la communauté, mais de faire encore que dans la ſucceſſion des enfants tant qu'il y en a, l'autre conjoint ne puiſſe rien prendre ; en ſorte que la ſtipulation eſt en faveur des enfants contre l'autre conjoint, qui n'en peut profiter que dans la ſucceſſion du dernier des enfants, la fiction ſubſiſtant juſques-là.

On va quelquefois encore plus loin : car non-ſeulement on ſtipule que la choſe mobiliaire ſera propre à un des conjoints & aux ſiens, mais très-ordinairement on ajoute, *de ſon côté & ligne* : l'effet de cette ſtipulation étoit anciennement, non-ſeulement contre la communauté, non-ſeulement encore contre l'autre conjoint dans le cas où il y a des enfants, mais indiſtinctement contre l'autre conjoint, ſoit qu'il y eût des enfants, ſoit qu'il n'y en eût pas ; de ſorte que tant que la fiction ſubſiſtoit, ce conjoint ne pouvoit jamais rien avoir dans la ſucceſſion du dernier même de ſes enfants, & il falloit que le propre fictif allât dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, comme meuble, au plus proche parent de celui des conjoints qui avoit fait la ſtipulation, & cela étoit indiſtinctement vrai, quand les conjoints ſe marioient *de ſuo*, ou l'étoient par des Tuteurs étrangers.

Mais quand le conjoint a été doté par ſes pere & mere conjointement, on a douté ſi la ſtipulation de propre à lui, & aux ſiens de ſon côté & ligne, excluoit les pere & mere codotateurs de ſuccéder à ce propre en entier dans la ſucceſſion du dernier de leurs petits enfants mineurs, & l'on a jugé que non : Arrêt du 16 Mars 1733, au profit de la Dame veuve du Moulin, contre les collatéraux de ſon mari.

Mais il vient nouvellement d'être rendu un Arrêt qui change cette Juriſprudence, quant à la ſtipulation de côté & ligne, & qui a jugé que la ſtipulation de propre portée au côté & ligne, n'avoit point l'effet d'appeller les parents de celui qui avoit fait la ſtipulation au préjudice des parents plus proches de l'autre côté & ligne, & l'on prétend même faire remonter cette Juriſprudence juſqu'à l'année 1733, que fut rendu l'Arrêt de du Moulin, ci-deſſus cité, & ce dernier Arrêt ne laiſſe aucune équivoque ; il eſt du 17 Mai 1762. En voici l'eſpece.

M. Anne-Philippe Bellanger d'Eſſenlis, Conſeiller en la

Cour, par ſon contrat de mariage, avec Dame Marie-Marguerite Maillard, du 20 Janvier 1749, avoit ſtipulé l'action de remploi propre aux futurs conjoints & aux leurs de chacun côté & ligne.

De ce mariage étoit iſſu Anne-Jean-Charles-Etienne-Urſin Bellanger, Chevalier, Seigneur de Beauvoir.

Lors de ſon mariage, M. Bellanger d'Eſſenlis étoit propriétaire d'un tiers dans un intérêt, dans les Carroſſes de Place de Paris.

Après ſon décès, la veuve renonça à la communauté, & décéda avant ſon fils, qui au moyen de ces deux décès, fut héritier de ſes pere & mere.

Le ſieur Bellanger de Beauvoir étant décédé mineur & ſans enfants, il s'éleva une grande queſtion dans ſa ſucceſſion, qui fut de ſavoir ſi cet intérêt purement mobilier devoit appartenir aux ſieur & Dame le Fouin, ſes biſaïeuls maternels, & plus proches par la Loi du ſang, ou à M. Antoine-Louis Bellanger, & à Madame Marie-Madelaine Bellanger, épouſe de M. Pierre du Pré de Saint-Maur, ſes oncles & tante paternels.

La cauſe portée à l'Audience de Meſſieurs des Requêtes du Palais, les effets ſtipulés propres & venants de la ſucceſſion du mineur de Beauvoir, furent adjugés audit oncle & tante paternels, comme étant le côté & ligne dudit mineur, & les aïeux dudit mineur du côté maternel en furent exclus.

Appel de cette Sentence en la Cour : la queſtion fut diſcutée pendant huit Audiences, par M. Brouſſe, pour les Appellants, & MM. Doulcet & Gerbier, pour les intimés parents paternels.

M. Brouſſe oppoſa pour le ſoutien de ſon appel, pluſieurs moyens : d'abord il fit ſentir qu'il s'agiſſoit d'une ſucceſſion *ab inteſtat*, & de décider à qui un effet mobilier qui s'y trouve, appartiendroit.

On oppoſoit la ſtipulation de propres portée par le contrat de mariage de M. & Madame d'Eſſenlis ; ſtipulation qui avoit été portée juſqu'au côté & ligne de M. d'Eſſenlis ; ſtipulation qui excluoit tous ceux qui n'étoient pas dudit côté & ligne.

A quoi M. Brouſſe répondoit par pluſieurs principes.

Le premier que c'eſt à la Loi qu'il appartient de déterminer la nature de nos biens : il n'y a perſonne qui par un pur effet de ſa volonté, puiſſe dire qu'il veut qu'un meuble qu'il poſſede ſoit propre dans ſa ſucceſſion ou dans celle de ſes enfants, ni qu'un propre ſoit réputé acquêt ou mobilier.

Le second principe : que la Loi ne se contente pas d'imprimer à nos biens un caractere immuable ; qu'elle détermine encore l'ordre d'y succéder, & ne reconnoît point d'autres héritiers que ceux qu'elle appelle ; qu'à la vérité il peut faire des donations, des testaments, des substitutions ; que dans ce cas il fait des donataires, des légataires & des substitués ; mais qu'il ne fera jamais des héritiers.

D'où il concluoit qu'une simple stipulation de propre entre tous autres que les contractants, ne peut pas changer l'ordre d'une succession ; que la clause poussée jusqu'au côté & ligne, ne renferme précisément que ce qui étoit nécessaire pour exclure le conjoint survivant de la succession du dernier des enfants qui naîtroient du mariage ; qu'il falloit pour cela une disposition précise par donation, testament, ou substitution, & que même dans le cas de la substitution, l'Article 4 de l'Ordonnance de 1747, ordonne qu'on ne pourra à l'avenir substituer un effet mobilier, qu'en en ordonnant la vente, & à la charge d'en faire emploi en fonds ; que s'il est ordonné qu'il sera conservé en nature, cet effet sera possédé librement, si ce n'est dans les cas portés dans les Articles 7 & 8 ; que l'effet de la stipulation de propre aux conjoints, est d'empêcher que l'effet mobilier entre dans la communauté ; que celui de stipulation aux siens, pour que, le mari étant décédé, ses enfants y succedent l'un à l'autre, à l'exclusion de la femme ; celui de la stipulation de propre de son côté & ligne, pour que dans la succession du dernier de ses enfants, sa femme, si elle survivoit, ne pût le recueillir, comme elle l'eût recueilli, si la stipulation n'eût été faite qu'à lui & aux siens ; que ces sortes de stipulations, en un mot, ne valent que comme conventions entre conjoints, pour s'exclure de succéder à l'effet mobilier stipulé propre dans les cas prévus, & qu'alors elles sont licites, parce qu'on peut, par contrat de mariage, faire un pacte de non succéder, & s'exclure mutuellement de la succession de ses enfants.

Les Appellants ajoutoient que ce qu'ils proposoient aujourd'hui, étoit effectivement contre une ancienne Jurisprudence, ou plutôt contre une ancienne erreur ; mais ils prétendoient que cette ancienne erreur avoit été proscrite par l'Arrêt de 1733, appellé l'Arrêt de du Moulin.

Le parti contraire fut vigoureusement établi par MM. Doulcet & Gerbier, pour les héritiers collatéraux paternels : on

n'expoſera pas ici leurs moyens, parce qu'étant intervenu un Arrêt de réglement, il importe ſeulement de ſavoir la Loi & les faits ſur leſquels cette Loi eſt intervenue. Cet Arrêt qui eſt du 17 Mai 1762, a été rendu ſur les concluſions de M. le Peletier de Saint-Fargeau, Avocat-Général. Il met l'appellation & ce dont eſt appellé au néant; émendant, il adjuge l'intérêt dans les Carroſſes de Place de Paris, aux ſieur & Dame Lefouin, biſaïeux du ſieur Bellanger de Beauvoir, & par conſéquent plus proches que les ſieur & Dame du Pré de Saint-Maur, qui n'étoient que collatéraux dudit de Beauvoir, quoique du côté & ligne de M. d'Eſſenlis; en ſorte que cet Arrêt juge & fixe pour Juriſprudence, que la ſtipulation de propre aux conjoints, aux leurs de leur côté & ligne, n'a d'effet que contre les conjoints qui ont fait la ſtipulation, & que la fiction de propre n'a de force qu'entre les contractants & leurs enfants.

Arrêt de Réglement de la Cour de Parlement, qui décide que la ſtipulation de propre d'effets mobiliers, n'eſt qu'une convention qui ne peut être oppoſée qu'au conjoint qui l'a faite, & à ceux qui viennent de ſon chef.

Du 17 Mai 1762.

Extrait des Regiſtres du Parlement.

» Louis, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre: » au premier Huiſſier de notre Cour de Parlement, ou autre » notre Huiſſier, ou Sergent ſur ce requis; ſavoir faiſons: qu'en- » tre Charles Lefouin, Gouverneur de Melun, & Edmée-Mar- » guerite Hatin Dubuiſſon, ſon épouſe, ſeuls héritiers par bé- » néfice d'inventaire, quant aux meubles, acquêts & propres » maternels de Anne-Jean-Charles-Etienne-Urſin Bellanger, » Chevalier, Seigneur de Beauvoir, leur arriere-petit-fils du » côté maternel, appellants d'une Sentence rendue aux Re- » quêtes du Palais, le 13 Juillet 1761, & demandeurs en Re- » quête du 21 Avril 1762, ladite Requête tendante à ce qu'il » plût à notredite Cour, en tant que touchoit l'appel interjetté » par leſdits Lefouin & ſon épouſe, de ladite Sentence des » Requêtes du Palais, du 13 Juillet 1761, l'appellation & ce

» dont eſt appel ſoient mis au néant, en ce que ſur la demande
» que Me Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur, ci-
» après nommés, avoient formée auxdites Requêtes du Palais,
» à ce que les deux parties d'intérêts dans le privilege des Car-
» roſſes de Place ci-après déſignées, ſeroient jugées appartenir
» auxdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur,
» comme héritiers des propres paternels dudit ſieur Bellanger
» de Beauvoir leur neveu, en conſéquence de la ſtipulation de
» propre à lui & aux ſiens de ſon côté & ligne, faite par Me Bel-
» langer d'Eſſenlis, Conſeiller en notredite Cour, pere dudit
» mineur, par ſon contrat de mariage ci-après daté, il auroit
» été ordonné par ladite Sentence, que les cinq deniers & de-
» mi, deux quarante-cinquiemes de denier d'intérêts dans le
» privilege des Carroſſes de Place qui appartenoient à Me Anne-
» Philippe Bellanger d'Eſſenlis, décédé Conſeiller en notredite
» Cour, au moment de ſon mariage avec Marie-Marguerite
» Maillard ſon épouſe, & les neuf deniers & demi & trois vin-
» gtiemes de denier dans le même privilege, qui lui ſont échus
» depuis en qualité de légataire univerſel d'Antoine-Etienne-
» Jean Bellanger de Chavignon, ſon oncle, appartiendroient
» en pleine propriété auxdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame
» Dupré de Saint-Maur, ci-après nommés, à l'effet dequoi ils
» ont été autoriſés de retirer les titres des mains des dépoſi-
» taires, & de toucher les fruits échus depuis le décès d'Anne-
» Jean-Charles-Etienne-Urſin Bellanger de Beauvoir, & en ce
» que les dépens, même ceux réſervés par une précédente Sen-
» tence du 19 Janvier 1761, ont été compenſés; émendant
» quant à ce, il ſoit ordonné que l'une & l'autre portion d'in-
» térêts du privilege des Carroſſes de Place dont eſt queſtion,
» appartiendront auxdits ſieur & Dame Lefouin, en qualité
» d'héritiers mobiliers du ſieur Bellanger de Beauvoir, leur ar-
» riere-petit-fils, à leur remettre les titres & papiers des inté-
» rêts dudit privilege, même à leur en payer les fruits & reve-
» nus échus depuis le décès dudit ſieur Bellanger de Beauvoir,
» ſeront tous dépoſitaires contraints par les voies, & ainſi qu'ils
» y ſeront obligés; quoi faiſant, ils en ſeront & demeureront
» bien & valablement déchargés; que ſur l'appel interjetté par
» leſdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur,
» de la même Sentence du 13 Juillet 1761, l'appellation ſoit

» miſe au néant, il ſoit ordonné que ce dont eſt appel ſortira
» ſon plein & entier effet; ledit ſieur Bellanger & leſdits ſieur
» & Dame Dupré de Saint-Maur condamnés en l'amende du-
» dit appel, & en tous les dépens des cauſes principale, d'ap-
» pels & demandes, ſauf auxdits ſieur & Dame Lefouin leurs
» autres droits & actions, & à prendre dans la ſuite telles au-
» tres fins & concluſions qu'ils jugeront à propos, d'une part;
» & Antoine-Louis Bellanger, Conſeiller en nos Conſeils, pre-
» mier Avocat-Général en notre Cour des Aides de Paris,
» Pierre Dupré de Saint-Maur, Conſeiller honoraire en notre-
» dite Cour, & Marie-Madelaine Bellanger, ſon épouſe, ledit
» ſieur Bellanger & ladite Dame Dupré de Saint-Maur, héri-
» tiers des propres paternels de Anne-Jean-Charles-Etienne-
» Urſin Bellanger, Chevalier, Seigneur de Beauvoir, leur ne-
» veu, décédé mineur, intimés & défendeurs, d'autre; & en-
» tre leſdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint-
» Maur, appellants de la même Sentence des Requêtes du
» Palais, du 13 Juillet 1761, dans les chefs qui leur faiſoient
» préjudice, & demandeurs en deux Requêtes du même jour
» 23 Avril dernier, l'une préſentée par ledit ſieur Bellanger,
» l'autre par leſdits ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur, &
» toutes deux tendantes à ce que ſans s'arrêter à la demande
» deſdits ſieur & Dame Lefouin, dont ils ſeroient déboutés,
» en tant que touchoit l'appel interjetté par leſdits ſieur & Da-
» me Lefouin, de ladite Sentence rendue aux Requêtes du
» Palais le 13 Juillet 1761, l'appellation ſoit miſe au néant, il
» ſoit ordonné que ce dont étoit appel, ſortiroit ſon plein &
» entier effet, que les ſieur & Dame Lefouin ſoient condamnés
» en l'amende ordinaire de douze livres; en tant que touchoit
» l'appel interjetté par leſdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame
» Dupré de Saint-Maur, de la même Sentence, l'appellation
» & ce dont eſt appel ſoient mis au néant, en ce que par la-
» dite Sentence ils auroient été déboutés de leur demande en
» remploi des propres aliénés par ledit feu ſieur Bellanger d'Eſ-
» ſenlis, Conſeiller en notredite Cour, leur frere, ſur la Terre
» d'Arcy, & de leurs autres concluſions y relatives; en conſé-
» quence il auroit été ordonné que ladite Terre d'Arcy & ſes
» dépendances, ſituées dans la Coutume de Melun, demeure-
» roient & appartiendroient en toute propriété & jouiſſance,
» auxdits ſieur & Dame Lefouin, leſquels ont été autoriſés à

» retirer des mains des Propriétaires les titres de propriété de
» ladite Terre d'Arcy, & ses dépendances, & à en toucher les
» fruits & revenus échus depuis le décès dudit sieur Bellanger
» de Beauvoir, & ceux qui écherroient par la suite, & en ce
» que les dépens avoient été compensés; émendant quant à ce,
» il soit ordonné qu'en conséquence de la stipulation de rem-
» ploi, insérée dans le contrat de mariage dudit sieur Bellan-
» ger d'Essenlis, du 20 Janvier 1749, avec Dame Marie-Mar-
» guerite Maillard, laquelle action de remploi avoit été stipulée
» propre aux futurs conjoints, & aux leurs de chacun côté &
» ligne, lesdits sieur Bellanger, sieur & Dame Dupré de Saint-
» Maur seroient autorisés à reprendre conjointement le prix
» des aliénations faites par ledit sieur Bellanger d'Essenlis, pen-
» dant son mariage, de ses propres, aux déductions de droit,
» le montant desquelles reprises seroit liquidé à l'amiable en-
» tre les Parties, si faire se pouvoit, sinon devant tel de nos
» Conseillers qu'il plairoit à notredite Cour commettre à cet
» effet, & des intérêts de la somme à laquelle lesdites alié-
» nations seroient fixées par ladite liquidation, à compter du
» 18 Février 1760, jour du décès dudit sieur Bellanger de
» Beauvoir, pour être lesdits sieur Bellanger, sieur & Dame
» Dupré de Saint-Maur, payés de la somme principale à la-
» quelle ladite liquidation sera faite, & des intérêts d'icelle,
» sur ladite Terre d'Arcy & dépendances, situées dans la Cou-
» tume de Melun, lesquelles demeureront affectées & hypothé-
» quées au paiement desdites somme principale & intérêts; ce
» faisant, il soit ordonné qu'après ladite liquidation faite, il
» sera procédé en notredite Cour, sur trois simples publica-
» tions & affiches, à la requête, poursuite & diligence desdits
» sieur Bellanger, sieur & Dame Dupré de Saint-Maur, en pré-
» sence desdits sieur & Dame Lefouin, ou eux duement appel-
» lés, à la vente & adjudication de ladite Terre d'Arcy & dé-
» pendances, pour sur le prix qui en proviendra, être lesdits
» sieur Bellanger, sieur & Dame Dupré de Saint-Maur, payés
» de ladite somme principale, suivant la liquidation qui en
» aura été faite, ensemble des intérêts d'icelle, que lesdits sieur
» & Dame Lefouin soient condamnés en tous les dépens des
» causes principales, d'appels & demandes, sauf auxdits sieur Bel-
» langer, sieur & Dame Dupré de Saint-Maur, de prendre
» par la suite telles conclusions qu'ils aviseront bon être, d'une
» part;

» part ; & leſdits ſieur & Dame Lefouin, intimés & défendeurs,
» d'autre part : après que Brouſſe, Avocat de Charles Lefouin,
» & Edmée-Marguerite Harin Dubuiſſon ſa femme ; Doulcet,
» Avocat d'Antoine-Louis Bellanger ; & Gerbier, Avocat de
» Pierre Dupré de Saint-Maur, & Marie-Madelaine Bellanger
» ſon épouſe, ont été ouïs pendant huit Audiences ; enſemble
» le Peletier de Saint-Fargeau pour notre Procureur-Général.
» NOTREDITE COUR, faiſant droit ſur les différents appels,
» en tant que touche l'appel interjetté par les Parties de Brouſſe,
» a mis & met l'appellation & ce dont eſt appel au néant, en
» ce que les portions d'intérêts dans le produit des Carroſſes
» de Place, ſtipulées propres à Bellanger d'Eſſenlis, & aux ſiens
» de ſon côté & ligne, dans ſon contrat de mariage, tant celles
» qui lui appartenoient au moment de ſon mariage, que celles
» qui lui ſont échues pendant le cours d'icelui, & qui ſe ſont
» trouvées dans la ſucceſſion du mineur Bellanger de Beauvoir,
» ſon fils, ont été adjugées par la Sentence, aux Parties de
» Doulcet & de Gerbier, collatéraux & héritiers des propres
» du côté paternel du mineur, & en ce que les dépens ont été
» compenſés ; émendant quant à ce, ordonne que leſdites por-
» tions d'intérêts dans le produit des Carroſſes de Place, ap-
» partiendront aux Parties de Brouſſe, aſcendants du côté ma-
» ternel, & en cette qualité héritiers des meubles & acquêts
» dudit mineur ; en conſéquence que tous dépoſitaires ſeront
» tenus de leur remettre les titres & papiers concernants leſ-
» dites portions d'intérêts, & à leur en délivrer les produits de-
» puis le décès dudit mineur ; quoi faiſant, leſdits dépoſitaires
» en ſeront & demeureront bien & valablement quittes & dé-
» chargés, & à faute de ce faire, pourront être contraints par
» les voies de droit, en tant que touche l'appel interjetté par
» les Parties de Doulcet & Gerbier, ſans s'arrêter à leurs re-
» quêtes, a mis & met l'appellation au néant ; ordonne que ce
» dont eſt appel ſortira ſon plein & entier effet ; condamne leſ-
» dites Parties de Doulcet & Gerbier en l'amende de douze
» livres, & en tous les dépens des cauſes principales d'appels &
» demandes. Faiſant droit ſur les concluſions de notre Procu-
» reur-Général, ordonne que le préſent Arrêt ſera imprimé,
» lu, publié, l'Audience du Châtelet tenante, & inſcrit ſur
» les Regiſtres dudit Châtelet. Mandons mettre le préſent Ar-
» rêt à exécution, de ce faire te donnons pouvoir. Donné en

» notredite Cour de Parlement, le dix-sept Mai l'an de grace » mil sept cent soixante-deux, & de notre regne le quarante-» septieme. Collationné, JOLIMET. Par la Chambre. *Signé*, » DUFRANC.

Il y a des Coutumes soucheres, c'est-à-dire, celles qui, en succession collatérale, exigent, pour succéder, non-seulement que l'on soit parent de côté & ligne, mais que l'on soit descendu de celui qui a mis le propre dans sa famille ; & dans ces Coutumes, la stipulation de propre au futur conjoint, aux siens de son côté & ligne, n'opere qu'autant qu'il y a des descendants de celui qui a fait la stipulation ; autrement la somme stipulée propre va indistinctement au plus proche parent. Arrêt du 17 Décembre 1655, rendu en la Coutume de Melun, *Journal des Audiences*.

Le changement de domicile ne sauroit apporter aucun changement dans la stipulation de propre : elle doit être exécutée dans les successions, suivant la force & l'étendue des termes ; & avoir effet par la seule autorité de la stipulation qui ne peut être sujette à aucun changement.

Mais que dirons-nous dans le cas de la donation ? Les conjoints peuvent-ils disposer entre eux du propre fictif, s'il n'y a pas changement de domicile depuis le mariage ? Le peuvent-ils, s'il y a changement de domicile ?

Dans le premier cas, & quand il n'y a pas de changement de domicile, il est nécessaire de se fixer à la Loi du domicile matrimonial.

Or, l'on distingue, à cette occasion, deux sortes de Loix & de Coutumes.

Celles où il n'est permis de disposer entre conjoints, que des effets communs entre eux, & celles où il est permis de disposer des meubles, acquêts, & même des propres en tout, ou partie.

A l'égard des premieres, il n'y a pas de difficulté que ces Coutumes ne permettant de disposer entre conjoints, que des effets communs, les propres fictifs étant stipulés propres pour empêcher qu'ils soient communs, les conjoints n'en peuvent pas disposer entre eux.

Quelques Coutumes s'expliquent là-dessus très-distinctement, comme Paris, Bretagne, *art.* 210. Aussi dans cette derniere

Coutume on a jugé que les propres fictifs d'une fiction référée à la Coutume de Bretagne, n'entroient pas dans les libéralités de conjoints à conjoints, par Arrêt du 14 Mars 1675, rapporté au Journal du Palais.

Mais dans les Coutumes où il eſt permis aux conjoints de diſpoſer entre eux des meubles, acquêts & partie de leurs propres, il y a beaucoup plus de doute, parce que le propre fictif eſt toujours en lui-même un meuble.

J'obſerverai d'abord que dans la Coutume du Maine, où, par *l'art.* 334, les conjoints peuvent, *liberis exiſtentibus*, ſe donner par donation mutuelle, ou autrement, les meubles à perpétuité, & les acquêts & conquêts par viage, on a, pour reſtreindre d'autant plus la faculté de ſe donner entre conjoints, jugé que les termes, *acquêts* & *conquêts*, ne s'entendoient que des acquiſitions faites pendant le mariage; ſavoir, celles faites par le mari ſeul, qui ſont exprimées & entendues ſous le nom d'acquêts, & celles faites conjointement par le mari & la femme, qui ſont exprimées ſous le terme de conquêts; & à l'égard des acquiſitions d'auparavant le mariage, elles ont été, vis-à-vis les conjoints, regardées comme propres, dont le mari ne peut dans cette Coutume aucunement diſpoſer, ſi ce n'eſt qu'il n'y eût, ni meubles, ni acquêts, ni conquêts.

C'eſt ce qui a été jugé par pluſieurs Arrêts des années 1607 & 1609, rapportés par Brodeau en ſa petite Coutume, & cet Auteur obſerve que l'Arrêt de 1607 fut rendu après Enquêtes par Turbes & que celui de 1609, ayant été publié en la Sénéchauſſée du Mans, il doit ſervir de regle.

Ce dernier Arrêt fut rendu, comme l'obſerve encore cet Auteur, nonobſtant qu'il eût été rapporté un Arrêt de 1571, & une Sentence de la Sénéchauſſée de 1586, qui avoient jugé le contraire.

Depuis cet Arrêt de réglement de 1609, il y en a eu un autre rendu dans la même Coutume, & rapporté par le même Auteur, du 21 Août 1654, qui a jugé en conformité.

Il eſt vrai qu'intermédiairement, & par Arrêt du 25 Février 1645, on fit délivrance à une veuve qui n'avoit point d'enfants du tiers des propres & de tous les meubles, conquêts & acquêts, y compris ceux d'avant le mariage. *Journal des Audiences, liv.* 3, *ch.* 78.

Mais le dernier état dans cette Coutume, eſt de regarder

les acquêts d'avant le mariage comme propres, suivant l'Arrêt du 29 Août 1701, rapporté aux Arrêts du Royaume. Arrêt 27, qui a été lu & publié au siege du Mans.

Il est vrai que la distinction des acquêts d'avant ou d'après le mariage, paroît être contraire au texte de la Coutume; mais telle est néanmoins la Jurisprudence en cette Coutume, que l'on prétend n'être fondée que sur l'erreur des Praticiens qui ont établi cette distinction, dont l'usage s'étant trouvé bien constant, a été autorisé par les Arrêts.

On observera, en passant, que la disposition de la Coutume du Maine, qui permet aux conjoints de se donner les conquêts par viage, a lieu dans le cas même de non-communauté; en sorte que ce terme *conquêts* s'entend d'un bien acquis par les conjoints pendant qu'ils sont ensemble, la Coutume du Maine n'exigeant que le mariage.

Mais ce qui a été jugé pour cette Coutume, ne feroit pas Loi pour les autres; cela dépend beaucoup de l'esprit & de la disposition des termes de chaque Coutume.

Pour revenir à notre question, nous demandons si dans les Coutumes qui permettent aux conjoints de disposer entre eux de leurs meubles en propriété, les effets mobiliers stipulés propres, peuvent faire partie de la donation.

Il est certain, comme nous venons de le dire, que ces effets mobiliers stipulés propres, sont en eux-mêmes de véritables meubles; que les conjoints peuvent en disposer comme de meubles, au profit des étrangers; mais la question est, si ayant été stipulés propres entre conjoints, ils ne conservent pas entre eux, & pour toutes les dispositions qu'ils voudroient se faire l'un à l'autre, la qualité de propres.

Il y a des Coutumes où il est permis aux conjoints de se donner leurs meubles comme entre étrangers : or, dans ces Coutumes les deniers stipulés propres entre conjoints, sont, à la vérité, tels pour le cas de la communauté, & pour les cas prévus par la stipulation; mais pour tout autre cas ils conservent leur nature de meubles : les conjoints pourront donc se les donner comme ils auroient pu les donner à des étrangers, & c'est ce qui suit tout naturellement de l'Arrêt de Gambart, du 29 Décembre 1739, rapporté en l'observation suivante.

Mais dans les Coutumes où le pouvoir de se donner entre conjoints, ne porte pas que ce soit comme entre étrangers, en faut-il dire de même?

Cette queſtion a été jugée aſſez diverſement : nous avons pour l'affirmative les Arrêts de 1645, de 1656 & de 1681, rendus dans la Coutume d'Anjou, qui ont jugé que les deniers ſtipulés propres étoient meubles entre conjoints, quant à la donation.

On avoit jugé la même choſe dans la Coutume de Chartres, par Arrêt du 9 Juillet 1618, rapporté par Bardet, *tom.* 1.

Dans la Coutume de Poitou, dans laquelle, *art.* 209, le mari peut donner à ſa femme & la femme à ſon mari ſes meubles, acquêts, conquêts & tiers de ſes propres, ſoit qu'il y ait enfants ou non, nous avons deux Arrêts, ſelon leſquels il ſemble néceſſaire de faire une diſtinction. Si la fille ſe marie *de ſuo*, & fait une ſtipulation de propres des deniers qu'elle apporte, elle pourra en diſpoſer au profit de ſon conjoint comme d'un meuble ; c'eſt la diſpoſition de l'Arrêt du 27 Août 1695, rendu au rapport de M. Goeſlard (V. Journal des Audiences) mais ſi la fille a été mariée par ſes pere & mere, la ſtipulation de propre fait un propre de diſpoſition vis-à-vis le conjoint ; c'eſt ce qui a été jugé par l'Arrêt du 7 Septembre 1711, rendu en la Grand'Chambre, au rapport de M. de Vienne, qui a décidé que le meuble rendu propre fictif par la ſtipulation des pere & mere, mariant leur fille mineure, n'entroit dans la diſpoſition de la femme à ſon mari, que comme y entrent les autres propres.

Mais nous avons pour la négative abſolue ſix Arrêts cités dans le fameux Factum de M. du Pleſſis, qui ſe trouve dans le premier tome de ſes Œuvres, pour Samuel de Meulle ſieur de la Rigaudiere. Cet Auteur, ſur le fondement de ces ſix Arrêts, ſoutient que les conjoints n'en peuvent diſpoſer, que comme ils peuvent diſpoſer des propres : ces Arrêts ſont des années 1579, en la Coutume de Poitou ; 1615, en la Coutume du Maine ; 1637, ſans dire la Coutume ; 1650, en la Coutume de Touraine ; 1659 & 1672, en la Coutume du Maine : on cite encore communément pour ce parti un Arrêt rendu en 1675, rapporté au Journal du Palais ; mais par rapport à ce dernier Arrêt, la ſtipulation de propres, comme nous venons de le remarquer, ſe référoit par les termes à la Coutume de Bretagne, à laquelle la mere donatrice avoit voulu ſe conformer, & cet Arrêt ne prouve rien pour la theſe générale, comme on va l'obſerver dans un moment.

Outre les Arrêts ci-deſſus rapportés, il y en a encore un dans

la Coutume de Touraine, qui en l'*art.* 243, permet aux conjoints de disposer entre-eux de leurs propres pour un tiers à vie; & on a jugé par Arrêt de 1633, que les propres fictifs n'entroient que pour un tiers dans les libéralités d'entre mari & femme.

Pour moi, dans cette variété d'Arrêts, je n'ose pas m'expliquer; mais le *hoc est indistincte verum contra maritum*, de Me Ch. du Molin, sur la Coutume de Nivernois, me paroît avoir ici une juste application.

Ce qui est stipulé propre vis-à-vis le mari, est toujours propre indistinctement vis-à-vis de lui & de sa femme: c'est pourquoi, de la même maniere que les acquêts d'avant le mariage sont mis *inter patrimonialia quoad conjuges inter se*, selon M. d'Argentré, *art.* 221 de l'ancienne Coutume de Bretagne, de même les sommes stipulées propres entre conjoints, sont toujours propres, *quoad conjuges inter se;* c'est ce qui est porté par la mercuriale rapportée par Ricard, sur l'*art.* 93 de la Coutume de Paris, *in fine;* en sorte que quand ils se donnent un propre fictif, c'est un effet vraiment propre entre eux qu'ils se donnent.

Et cela peut être encore appuyé sur les arrêtés faits entre plusieurs Magistrats & Avocats, chez M. le Premier Président de la Moignon, insérés dans les Œuvres de M. Auzanet, *tit.* 14 des testaments, *art.* 292, *n.* 48, *ne pourront néanmoins les conjoints par mariage en disposer au profit de l'un de l'autre, que comme d'un propre naturel, ès lieux, & selon que les Loïx & les Coutumes le permettent.*

Il faut convenir, néanmoins, que ce n'est point l'avis des consultants de nos jours, ni même la Jurisprudence actuelle. On estime que les fictions doivent être renfermées dans les cas pour lesquels elles ont été admises; que dans les contrats de mariage, on n'envisage ordinairement que trois choses: la premiere, d'exclure de la communauté un meuble qui naturellement y entreroit; la seconde chose est que les futurs veulent souvent pousser leur prévoyance plus loin: ils ne se contentent pas d'exclure le meuble de la communauté, ou d'en faire un propre à cet effet; ils veulent encore que ce meuble ait qualité de propre dans la succession de leurs enfants, pour faire qu'ils le partagent entre eux à l'exclusion de l'autre conjoint.

Enfin on va encore quelquefois plus loin: car, non-seule-

ment on veut exclure le meuble de la communauté, non-ſeulement on veut que l'autre conjoint n'y puiſſe ſuccéder tant qu'il y a des enfants; mais on veut encore empêcher que l'autre conjoint n'y puiſſe ſuccéder au préjudice des parents de celui qui a fait la ſtipulation.

Ce ſont là les trois cas ordinaires pour leſquels on fait d'un meuble un propre fictif, comme je l'ai expoſé plus amplement ci-devant; mais quand on veut encore quelque choſe de plus & faire un propre de diſpoſition, il faut que la ſtipulation en ſoit expreſſe pour ce cas particulier, & il faut convenir que cet avis eſt conforme aux principes qui régiſſent la fiction, & qu'il faudroit une Loi qui en diſpoſât autrement, Loi qui pourroit avoir ſes avantages, mais Loi qui n'eſt pas faite, mais à faire.

Mais que dirons-nous, ſi des conjoints mariés dans une Coutume où ils ne peuvent pas diſpoſer de leurs propres entre eux, alloient demeurer dans une Coutume où il eſt permis d'en diſpoſer en tout ou partie? pourroient-ils diſpoſer de leurs propres fictifs? Ce que j'ai dit ci-devant, par rapport aux donations entre-vifs, & ce que je dirai dans l'obſervation ſuivante, au ſujet du remploi des propres, doit être rapporté ſur cette queſtion: c'eſt, ſelon moi, le domicile actuel au jour de la donation, en fait de donation entre-vifs, & le domicile actuel au jour du décès, en fait de diſpoſitions à cauſe de mort qui en décident.

J'ajouterai encore une autre queſtion à l'occaſion des propres fictifs: ces propres le ſont vis-à-vis les conjoints, & la fiction s'étend plus ou moins, ſelon l'étendue de la ſtipulation.

Mais quelquefois on pouſſe encore la ſtipulation beaucoup plus loin: car on ſtipule le meuble propre pour tous effets, même pour diſpoſition.

Or, dans ce cas, la queſtion eſt de ſavoir ſi ce meuble ſtipulé propre pour diſpoſition eſt ſuſceptible de la variété des différentes Loix, quand il y a changement de domicile, & qu'un homme, par exemple, qui demeuroit dans une Coutume où l'on ne peut diſpoſer que du quint de ſes propres, vient demeurer dans une autre où l'on peut diſpoſer du tiers.

On vient de remarquer que ce propre fictif eſt un propre volant; d'ou l'on peut conclure qu'il doit ſuivre la perſonne, & que par conſéquent il doit recevoir toutes les impreſſions de chaque domicile à l'exemple des rentes.

Mais à cela on répond que c'est la Loi seule qui répute les rentes meubles ou immeubles ; qu'ainsi le propriétaire d'une rente changeant de domicile & de Loi, ce nouveau domicile, cette nouvelle Loi qui font impression sur la personne, font aussi impression sur ces rentes.

Qu'il n'en est pas de même d'un propre par convention : c'est la convention qui le rend propre, & cette convention est toujours la même, nonobstant tout changement de domicile.

Oui, dira-t-on, la chose meuble stipulée propre par convention, même pour la disposition, sera, à raison de la convention, toujours propre de disposition : voilà l'effet de la convention ; mais ce propre de disposition est un propre volant qui suit la personne, & par conséquent la Loi des différents domiciles, pour le plus ou le moins dont on peut disposer.

Pour décider cette question, il faut savoir si la convention de propre se réfere à la Loi du domicile subsistant au jour de la convention ; de sorte que les parties aient eu intention de faire un propre, dont elles ne pussent disposer que comme des autres propres du domicile lors, ou s'ils ont eu intention d'en faire un propre simplement de disposition.

Quand dans le contrat de mariage, il y a, outre la stipulation de propre même pour disposition, quelques termes qui peuvent faire présumer que les parties ont eu intention de se conformer à la Loi du domicile au jour du contrat, pour lors il n'y a plus de difficulté ; ce propre de disposition est un propre qui doit être réglé par cette Loi, & c'est l'espece de l'Arrêt, du 28 Août 1675, rapporté au Journal du Palais, par lequel, à raison des termes d'enfoncement de dot de la part d'une fille mariée en Bretagne, on a jugé que, quoique le mari fût domicilié en Pays où les conjoints se peuvent donner, néanmoins sa femme n'avoit pu lui faire par donation mutuelle entre-vifs aucune donation de sa dot mobiliaire, pour raison de laquelle il y avoit eu un enfoncement stipulé conformément à la Coutume de Bretagne, où ces sortes d'enfoncement de dot font réputer la dot immobiliaire. Voyez Hévin sur Frain, *page* 756.

Mais hors ce cas, *quid Juris ?* & j'estimerois encore que le conjoint n'en pourroit disposer que comme il disposeroit d'un propre qui seroit situé dans le lieu qui régit le domicile matrimonial : ma raison est que cette stipulation de propre même

pour

pour diſpoſition, ne me paroît être que pour conſerver les biens dans la famille, & empêcher que, ſoit au profit de l'autre conjoint, ſoit au profit d'autre, on n'en puiſſe diſpoſer autrement que comme d'un propre.

Or, il n'eſt pas poſſible de référer cette convention à d'autre Loi que celle du domicile matrimonial, parce que : 1°. on ne voit pas dans le cas particulier que les parties contractantes en aient pu entrevoir d'autres ; 2°. parce que, ſans cela on pourroit éluder la convention en tout ou partie, les contractants allant demeurer dans des Coutumes où l'on pourroit donner ſes propres, ou une partie plus forte que celle permiſe par la Loi du domicile matrimonial ; on ſe trouveroit même aſſez embarraſſé, ſi les conjoints alloient demeurer dans le Pays de Droit écrit : à quelle Coutume ſe référeroit-on dans ce cas, ſi ce n'eſt à celle du domicile matrimonial ?

Voici l'eſpece d'un Arrêt aſſez récent.

Par le contrat de mariage du feu ſieur du Pont de la Naugeraye, avec Demoiſelle Eliſabeth Deſpeignes, paſſé en Poitou où ils étoient domiciliés, le 5 Août 1743, il a été ſtipulé qu'à l'égard d'une certaine ſomme de 14000 livres, faiſant partie des droits appartenants au ſieur du Pont, elle lui ſeroit propre : voici la clauſe, » & à l'égard des 14000 livres, pour l'excédant » des droits dudit ſieur du Pont, eſt expreſſément convenu que » ladite ſomme de 14000 livres demeurera réſervée & réputée » de nature de propre & ancien domaine audit ſieur du Pont, » & aux ſiens de ſon eſtoc & ligne, & deſquelles ſommes reſ- » pectivement réaliſées propres leſdits ſieur & Demoiſelle ..... » ne pourront diſpoſer que comme biens de cette nature. »

Le 24 Novembre 1743, le ſieur du Pont a fait ſon teſtament par lequel il legue à la Dame Deſpeignes, ſa femme, tous ſes biens en uſufruit, ou ſes meubles & acquêts immeubles, & le tiers de ſes propres au choix & option des héritiers du ſieur du Pont.

Le 21 Janvier 1744, le ſieur du Pont eſt décédé ſans enfants en Poitou.

Dame Jeanne du Pont ſa ſœur, mariée au ſieur Louvergnac, Ecuyer ſieur de Bourgneuf, & le ſieur du Pont ſon frere, tous deux héritiers du défunt, ayant interjetté appel de quelques Sentences des Juges de Saint-Maixant, qui avoient fait mainlevée des ſaiſies qu'ils avoient fait faire entre les mains des Fer-

miers & débiteurs de la ſucceſſion, ont demandé ſur l'appel que la Demoiſelle Deſpeignes, légataire univerſelle du feu ſieur du Pont ſon mari, fût tenue en cette qualité, ſuivant la diſpoſition de la Coutume de Poitou, qui aſſujettit le légataire univerſel au paiement des dettes mobiliaires, de leur payer la ſomme de 9333 livres 6 ſols 8 deniers, faiſant les deux tiers des 14000 livres, ſtipulés propres de diſpoſition.

La Demoiſelle Deſpeignes ſoutenoit que les héritiers du feu ſieur du Pont étoient mal fondés dans cette demande, & conclut incidemment à ce que les 14000 livres fuſſent jugés compriſes dans ſon legs univerſel comme purs deniers.

Par Arrêt de la Grand'Chambre, au rapport de ..... du 24 Avril 1747, en déboutant la veuve de ſa demande, elle a été condamnée de payer aux héritiers du défunt ſieur du Pont, les deux tiers des 14000 livres, ſtipulés propres de diſpoſition, & les intérêts du jour du décès.

De la réalité des Coutumes & de la néceſſité de ſuivre la Loi de la ſituation, quand il s'agit de fonds, il s'enſuit que ſi la Loi de la ſituation exige du conjoint donataire de donner caution pour jouir du don, il faudra néceſſairement qu'il la donne; & voici ce qui a encore été jugé à cette occaſion, depuis quelques années.

Un homme & une femme ſe marient à Paris.

Après leur mariage ils transferent leur domicile à Lille, où ils ſe font un don mutuel, & déchargent le ſurvivant de l'obligation de donner caution.

Pluſieurs années après, les conjoints reviennent s'établir à Paris, où le mari décede, laiſſant pour ſeul immeuble une maiſon à Auteuil, qui étoit un conquêt.

Dans cette eſpece, eſt-ce la Coutume de la paſſation du don mutuel, ou celle du décès du mari qui doit régler la validité de la décharge, de donner caution pour l'exécution du don mutuel?

Cette affaire avoit été d'abord portée au Châtelet; la veuve avoit demandé délivrance de ſon don mutuel, & avoit offert par ſon aſſignation de donner caution.

Mais l'affaire ayant été évoquée en la Cour, à la Requête de M. le Procureur-Général, il y eut une ceſſation de procédure pendant ſix années.

Au bout de ſix années les héritiers firent aſſigner la veuve

en la Cour, pour être tenue de donner caution, à l'effet de jouir de ſon don mutuel, ſinon qu'elle en demeureroit déchue.

Dans ces circonſtances la veuve fut conſeillée de révoquer les offres qu'elle avoit faites de donner caution : elle prit même des Lettres de reſciſion, ſoutint les héritiers non-recevables dans leur demande, & prétendit qu'elle n'étoit pas tenuè de cette caution. Voici quels furent en abrégé ſes moyens.

Le don mutuel n'eſt pas une donation à cauſe de mort ; ce n'eſt pas non plus une donation entre vifs ; mais c'eſt un contrat onéreux qui doit être mis au rang des contrats entre vifs : il contient une diſpoſition préſente, une obligation réciproque & irrévocable.

Cela ſuppoſé, pour décider la queſtion, il faut conſulter le temps & le lieu où la convention a été faite. C'eſt dans cet inſtant que la volonté des Parties a été liée & arrêtée.

Par conſéquent c'eſt le domicile au moment de la donation, qui doit décider la queſtion ; que les Parties changent de domicile, ce changement n'en peut produire aucun dans l'exécution du don mutuel, tant pour les meubles exiſtants au jour de la donation, que pour ceux qui ont été acquis depuis. Comme le domicile au jour de la donation, régloit leur capacité, il doit régler leurs droits.

La Coutume de Lille diſpenſe les conjoints de donner caution ; mais ſi, à la diſpoſition de la Loi, on joint la diſpoſition de l'homme, & que les Parties ſe ſoient déchargées de toute caution, cette convention doit opérer, nonobſtant le changement de domicile, parce que cette convention n'étoit préciſément que pour prévenir ce changement, puiſque la Loi du domicile actuel diſpenſoit de la caution.

Le Statut du don mutuel eſt un Statut réel ; par conſéquent les conditions ſous leſquelles le don mutuel eſt fait, ſont pareillement réelles.

A quoi la veuve ſurvivante ajoutoit pour derniere conſidération, qu'elle étoit dans l'impoſſibilité de donner caution, devant un compte conſidérable au Roi.

Nonobſtant toutes ces conſidérations qui furent alléguées avec beaucoup de confiance, il intervint Arrêt le 3 Mars 1731, qui ordonne que la veuve donnera caution.

Il eſt aſſez incertain ſi la Cour ne s'eſt pas déterminée par

les offres que la veuve avoit faites d'abord au Châtelet, de donner caution, offres qui étoient réellement acceptées par l'aſſignation que les héritiers lui avoient donnée en la Cour, puiſqu'ils y concluoient, & que la veuve n'avoit révoquées que depuis.

Mais mettons la queſtion dans les termes de droit, dénuée de cette circonſtance, je dis qu'il falloit encore juger contre la veuve.

Il eſt vrai que le don mutuel a quelque choſe de préſent en ſoi; mais c'eſt ſimplement le *vinculum*, c'eſt-à-dire, que les conjoints ſont liés entre eux, & ne peuvent révoquer le don mutuel que d'un conſentement réciproque, & que ni l'un, ni l'autre ne peuvent, par fraude, y donner aucune atteinte.

Mais juſqu'au jour du décès de l'un, ou de l'autre, il eſt incertain quels ſeront les biens ſur leſquels l'exécution du don mutuel pourra tomber, parce que les conjoints ont la liberté de vendre & d'acquérir où bon leur ſemble, de convertir les deniers en immeubles, & les immeubles en deniers. Ils ont la liberté de changer de domicile, & le conjoint ſurvivant ne peut faire valoir ſon don mutuel, que conformément aux Loix qui régiſſent les biens au jour du décès.

Le Statut du don mutuel eſt un Statut réel, on en convient; mais c'eſt préciſément par cette raiſon qu'il faut ſuivre les Loix de la ſituation au jour que le don muuel a ſon exécution, parce qu'auparavant les biens ſont dans l'incertitude. Il n'y a rien de fixe quant à ce: le don mutuel peut être regardé comme une diſpoſition ambulatoire, à raiſon de ſon objet qui eſt ſujet à changement, & qui ne ſe regle pas par le principe & le commencement, mais par la fin, & c'eſt le moment du décès qui détermine ſur quoi le don mutuel doit être exécuté.

Mais de ce que le domicile au jour du don mutuel, régloit la capacité des conjoints, il ne s'enſuit pas que ce même domicile doive régler les conventions du don mutuel.

Car ſi l'on entend cette capacité d'une capacité particuliere, je ſoutiens qu'elle ne ſe prend pas toujours de la Loi du domicile, parce que tel pourroit être incapable par la Loi du domicile, d'une incapacité particuliere de faire un don mutuel, & de diſpoſer de certains biens, qui ſeroit capable par la Loi de la ſituation, *& vice verſâ.*

Ainſi le domicile ne regle que la capacité générale & d'état;

mais dans le cas de la capacité particuliere, les droits du don mutuel ne ſont pas réglés par la Loi du domicile, mais par la Loi de la ſituation.

Il falloit donc ſuivre pour les meubles & la maiſon d'Auteuil, la Coutume de Paris, non-ſeulement comme lieu du domicile au jour du décès du mari, à cauſe des meubles, mais encore comme lieu de la ſituation, à cauſe de la maiſon d'Auteuil, & par conſéquent donner caution conformément à cette Coutume.

Voici une autre eſpece ſur laquelle j'ai été conſulté. Le fait eſt dans l'expoſition des moyens que j'ai beaucoup abrégés à cauſe de tout ce que je viens d'expoſer.

» Le Conſeil ſouſſigné qui a vu un Mémoire, &c. eſt d'avis » que les ſieur & Dame Gueneau, quoique mariés en la Cou- » tume de Bourgogne, étant domiciliés à Paris au jour du don » mutuel fait entre eux, & ayant depuis continué leur domicile » à Paris, où le ſieur Gueneau eſt décédé, n'ont pu ſe don- » ner leurs propres conventionnels, ni mutuellement entre » eux, ni par teſtament; que par rapport à leurs autres meu- » bles, ils n'ont pu s'en donner aucuns en propriété, par quel- » que titre que ce ſoit; & que quant à l'uſufruit, ils n'ont pu » ſe donner que par don mutuel les meubles ſeulement faiſant » partie de leur communauté, à la charge préciſe de donner » caution, dont ils n'ont pu ſe décharger.

» En un mot, le Conſeil eſtime que tout le mobilier délaiſſé » par le défunt ſieur Gueneau, dont les propres convention- » nels font partie, doit être régi & réglé par la Coutume de Pa- » ris, domicile des Parties, tant au jour de la donation mu- » tuelle, qu'au jour du décès du ſieur Gueneau.

» L'on obſervera d'abord que le combat ne pourroit être qu'en- » tre la Coutume de Bourgogne où les conjoints ont été mariés, » & à laquelle ils ſe ſont ſoumis par leur contrat de mariage, » & la Coutume de Paris où les conjoints ſont venus demeurer » depuis, où ils ſe ſont donnés mutuellement, où le ſieur Gue- » neau a fait ſon teſtament, & où il eſt décédé.

» En effet, il faut écarter tous les domiciles intermédiaires, » parce que les conjoints n'y ont pas contracté entre eux; que ces » domiciles n'ont été que pour un temps, & que les Coutumes » de ces différents lieux ne peuvent régir ni les actes, puiſqu'ils » ne ſont pas paſſés dans l'étendue de leur domination, ni les

»personnes, puisqu'elles ne sont plus, par le changement de »domicile, soumises à ces Coutumes, ni les meubles & actions »mobiliaires, puisqu'au jour des actes & du décès du sieur Gue»neau, ils avoient leur assiette à Paris, à raison du domicile.

» Il faut donc se renfermer dans la Coutume de Bourgogne »& la Coutume de Paris.

» Ces deux Coutumes sont d'accord entre elles sur la capacité »d'état & de condition des conjoints. Selon l'une & l'autre Cou»tume, les conjoints étoient pleinement majeurs, par consé»quent maîtres de leurs droits ; ainsi il paroît indifférent qu'ils »tirent leur capacité d'état & de condition, plutôt d'une Cou»tume que d'une autre.

» Le point de la difficulté se réduit donc à savoir de laquelle »de ces deux Coutumes ils devoient tirer leur pouvoir particu»lier de se donner, soit mutuellement, soit purement & simple»ment. L'on dit pouvoir particulier : car tel par son état & sa »condition, est en droit de disposer de ses biens, qui ne peut »pas néanmoins, à raison d'une prohibition légale, mais parti»culiere, disposer au profit de son conjoint.

» Ainsi la capacité de disposer en général de ses biens, se prend »de la Loi du domicile ; mais la capacité de disposer singuliére»ment au profit de son conjoint, ne se prend pas toujours de la »Loi du domicile : autrement tout homme qui, par la Loi de son »domicile, peut disposer de ses biens au profit de son conjoint, »en pourroit disposer en quelque endroit que les biens fussent »situés ; & tout homme qui, par la Loi du domicile, ne pour»roit pas disposer au profit de son conjoint, ne le pourroit pas »par-tout ailleurs ; ce qui est rejetté dans nos mœurs, & avec »raison.

» Il faut donc distinguer entre la capacité d'état & de condi»tion de disposer de ses biens, & la capacité particuliere d'en dis»poser au profit de son conjoint.

» Il est certain, selon le principe de cette matiere, & selon »la Jurisprudence adoptée dans le Parlement de Paris, que la »faculté aux conjoints de se donner, est une faculté pure réelle »qui se prend par conséquent de la Loi de la situation.

» Parmi les Auteurs étrangers nous avons Rodenburgh, Bur»gundus & un grand nombre d'autres qui ont pris le parti de »la réalité ; & la raison qu'ils en donnent, est que ce Statut *res»picit interesse hæredum*, c'est pour conserver le bien dans les »familles, & cette raison est pure réelle.

» Me Ch. du Molin, ſur Alexandre, *conſ.* 41, *liv.* 5, eſt auſſi »pour la réalité du Statut. *Mulier prohibita legare viro, poteſt »hîc eadem legare de bonis exiſtentibus Aureliis, ubi conſuetudo »non prohibet, dummodo illic habeat bona, non aliàs.*

» On peut voir ſur cette queſtion les autorités que j'ai rappor- »tées en ma Queſtion 6e des démiſſions de biens, *page* 117, »& celles qui ont été depuis rapportées par M. Froland, en ſes »Mémoires ſur les Statuts, *page* 847.

» Il eſt donc conſtant que le Statut qui regle le pouvoir des »conjoints, de diſpoſer au profit les uns des autres, eſt un Statut »réel.

» Or, la nature du Statut réel eſt de régler les biens qui lui »ſont ſoumis : c'eſt delà que par quantité d'Arrêts rapportés par- »mi les autorités auxquelles nous venons de renvoyer, on a jugé »des donations mutuelles bonnes pour certains biens-fonds, & »nulles pour d'autres, ſuivant la Loi de leurs différentes ſitua- »tions.

» Mais ce qui s'eſt jugé pour les fonds, doit ſe juger de mê- »me pour les meubles, étant certain que les meubles ſont régis »par la Loi du domicile de la perſonne, comme par une Loi »réelle, attendu que c'eſt là qu'ils ſont préſumés avoir leur aſ- »ſiette.

» Il eſt vrai que quelques Auteurs prétendent que la Loi qui »régit les meubles, eſt une Loi perſonnelle ; mais c'eſt une »queſtion aſſez indifférente, du moment que tout le monde »convient que cette Loi, ſoit qu'elle ſoit perſonnelle, ou réelle, »eſt toujours celle du domicile de la perſonne à qui les meubles »appartiennent.

» A l'égard des propres conventionnels, comme ils ne doi- »vent leur être de propres qu'à la convention, ils doivent être »conſidérés comme tels dans toute l'étendue de la convention, »parce que cette convention ſuit la perſonne par-tout où elle »peut aller demeurer par la ſuite ; mais hors l'étendue de la con- »vention, ces propres purs fictifs ſuivent la Loi du domicile actuel »de la perſonne, à l'exemple des rentes qui tantôt ſont meubles »& tantôt immeubles, ſuivant que le créancier demeure en »Coutumes qui les réputent de l'une ou de l'autre nature.

» Le Conſeil ſouſſigné eſtime donc que les meubles & propres »conventionnels, doivent ſubir la Loi preſcrite par le domicile »à Paris, du ſieur Gueneau, comme étant une Loi réelle, ſi ce

„ n'est qu'il n'y eût, en ce qui concerne les propres conventionnels, „ quelque convention particuliere : car elle devroit être exécutée „ dans toute son étendue, comme étant un engagement contracté par les parties qui les suit par-tout, & l'on n'apperçoit rien „ dans la clause du contrat de mariage, transcrite dans le Mémoire, qui ait pu empêcher que ces propres conventionnels „ n'aient suivi successivement, en ce qui regarde le don mutuel, „ toutes les Loix auxquelles les conjoints auroient pu se trouver „ assujettis par différents changements de domicile.

„ La Coutume de Bourgogne ne doit entrer pour rien dans la „ résolution de la question proposée dans le Mémoire, & la raison en est, que les conjoints par leur contrat de mariage, ne „ se sont fait aucune donation ; ils se sont seulement réservé le „ pouvoir & la puissance de le faire.

„ On ne peut pas disconvenir que cette réserve ne pouvoit „ opérer & être utile, qu'autant qu'au jour où les conjoints se „ seroient fait une donation, les biens auroient été régis par la „ Coutume de Bourgogne, parce que la réserve ne les empêchoit „ pas d'acquérir par-tout ailleurs, les conjoints n'ayant droit auparavant, ni commencé, ni acquis.

„ Ainsi les conjoints pouvant acquérir en Coutumes prohibitives, il n'est pas douteux que ce qu'ils pouvoient faire par des „ acquisitions précises, ils l'ont pu par un changement de domicile, parce que la réserve ne pouvoit opérer que dans le cas où „ ils auroient eu des biens régis par la Coutume de Bourgogne.

„ C'est pourquoi nous lisons dans Pithou sur l'*art.* 97 de la „ Coutume de Troyes, un Arrêt du 27 Mars 1575, au rapport „ de M. Molé, au profit des héritiers du sieur de Cherley, contre „ sa veuve, laquelle, dit cet Auteur, le mari avoit avantagée „ par son testament sur les biens de Champagne, sous ombre „ que contractant mariage en Bourgogne, il s'étoit réservé de „ pouvoir l'avantager, comme la Coutume de Bourgogne le permet, & non celle-ci.

„ Ainsi, soit qu'on prenne les choses dans l'état où elles étoient „ au jour de la donation mutuelle, soit au jour du testament, „ soit au jour du décès du sieur Gueneau, dans ces trois temps „ les parties étoient domiciliées à Paris.

„ Car ici tous les temps concourent ; en sorte que la même „ Loi qui régissoit les meubles au moment de la donation, a continué

»tinué de les régir, & les régiſſoit au jour de l'ouverture du don »mutuel.

» Et c'eſt ce qui fait connoître l'inutilité de recourir à la Cou»tume de Bourgogne, & à la réſerve portée par le contrat de »mariage, parce que cette Coutume ne peut influer que ſur les »biens qui lui ſont ſoumis, & que la réſerve eſt totalement inu»tile dès que les biens ſont ſitués ailleurs.

» En effet, ſuppoſons que les conjoints euſſent été domiciliés »en Bourgogne, à quoi leur ſerviroit leur réſerve, ſi leurs biens »euſſent été ſitués ailleurs? ou même audit cas de biens ſitués »ailleurs, en quoi le défaut de réſerve auroit-il pu leur nuire?

» Pour la déciſion des queſtions propoſées, il ne faut donc »s'attacher qu'à la Coutume de Paris, lieu du domicile au jour »de la donation & au jour du décès du mari.

» Delà il ſuit que les conjoints n'ayant pu ſe donner qu'en »uſufruit les meubles de leur communauté, & la Coutume de »Paris exigeant caution, les conjoints n'ont pu ſe donner que »les meubles communs en ſimple uſufruit, & qu'ils n'ont pu ſe »décharger de l'obligation de la caution fondée en Loi publique, »& qui intéreſſe les héritiers du prédécédé : le Conſeil n'eſtime»roit pas même cette décharge de donner caution bonne de la »part des conjoints qui ne ſe ſeroient donné qu'en uſufruit des »biens ſitués même en Coutume, qui permettroit de donner en »propriété.

» Le ſeul effet de la décharge dans ces Coutumes eſt que l'on »ne peut rien reprocher au ſurvivant, & que c'eſt aux héritiers à »s'imputer de n'avoir pas demandé caution; au lieu que dans les »autres Coutumes, le ſurvivant n'acquiert la jouiſſance que du »jour qu'il a préſenté caution bonne & ſolvable.

»Délibéré à Paris, ce 8 Mars 1738.

M. le P. Bouhier, *n.* 117, *ch.* 22, propoſe la même queſtion, & la réſout en conſéquence de ſon principe ſimple, qui eſt de fixer les droits & le pouvoir des conjoints par la Loi du domicile matrimonial; mais je dis que pour former une pareille déciſion, il faudroit un réglement entiérement contraire aux grands principes de cette matiere, ſuivant leſquels, en attendant le réglement, un Juriſconſulte doit toujours décider.

Voici une eſpece jugée par Arrêt encore aſſez récent, & qui eſt dans le cas d'une diſpoſition teſtamentaire mutuelle, & réciproque entre conjoints de biens ſitués en différentes Cou-

tumes, & qui fut déclarée nulle par le défaut de la mutualité requiſe par la Loi de la ſituation.

En l'année 1700, Jacques de Vaudricourt, Chevalier, Seigneur d'Alnay, épouſa la Demoiſelle le Sueur.

Deux clauſes dans leur contrat de mariage.

La premiere porte que la future épouſe aura douaire, ſuivant & conformément à la Coutume d'Amiens, où les biens du futur époux ſe trouvoient ſitués.

Par la deuxieme il eſt dit que la future épouſe fait don à ſon futur époux du tiers intégral de ſes immeubles, leſquels étoient tous ſitués dans la Coutume de Normandie.

Le 13 Juillet 1706, les ſieur & Dame d'Alnay qui n'avoient point pour lors d'enfants de leur mariage, firent entre eux un teſtament mutuel.

Par ce teſtament les conjoints diſpoſent au profit l'un de l'autre, de tous les effets mobiliers à eux appartenants au jour du décès du premier mourant.

Outre cela, le ſieur d'Alnay donne à la Dame ſon épouſe tout ce que la Coutume d'Amiens lui permettoit de donner de ſes immeubles.

La Dame d'Alnay de ſon côté donne au ſieur ſon mari l'uſufruit du tiers de ſes immmeubles, outre le tiers qu'elle lui avoit déja donné par ſon contrat de mariage.

Cet acte étoit qualifié du nom de teſtament mutuel; mais il ne pouvoit y avoir de mutualité, parce que la Dame d'Alnay avoit tous ſes biens ſitués dans la Coutume de Normandie, qui défend, *art.* 410, aux conjoints par mariage de diſpoſer au profit l'un de l'autre, de quelque maniere que ce ſoit, directement, ni indirectement; en ſorte que dans le temps que le ſieur d'Alnay diſpoſoit avec effet au profit de la Dame ſon épouſe du bien qu'il avoit dans la Coutume d'Amiens, la Dame d'Alnay de ſon côté avoit les mains liées, & ne pouvoit donner aucuns de ſes immeubles, parce que la Coutume de la ſituation lui en interdiſoit la diſpoſition au profit de ſon mari.

Depuis ce teſtament il naquit au ſieur & Dame d'Alnay un enfant en 1706.

Le ſieur d'Alnay, pere, eſt décédé en 1718; la Dame ſa veuve, en qualité de tutrice de ſon fils, s'eſt miſe en poſſeſſion de tous les biens, & en a joui juſqu'à la mort de ſon fils, arrivée en l'année 1725.

Par ſon décès, ce fils a laiſſé deux ſortes d'héritiers; ſavoir, la Dame ſa mere héritiere des meubles, & le ſieur Curé de Cappeval ſon oncle paternel, ſon héritier des immeubles.

La mere avoit obtenu d'abord au Bailliage d'Amiens, une premiere Sentence qui lui avoit adjugé la jouiſſance proviſionnelle des biens de ſon fils au préjudice du ſieur Curé de Cappeval, héritier par la Loi de tous les immeubles de la ſucceſſion de ſon neveu.

Ce Curé ſe pourvut au Parlement contre cette Sentence; & quoiqu'il y eût déja obtenu un Arrêt de défenſe, la veuve du ſieur d'Alnay obtint au Bailliage d'Amiens une deuxieme Sentence, le 26 Novembre 1725, qui lui fait délivrance du legs univerſel porté par le teſtament mutuel du 13 Juillet 1706.

Sur l'appel interjetté en la Cour, par le ſieur Curé de Cappeval, M. Henri l'Huilier de Faviers fut chargé d'écrire pour lui : il fit un très-bon Mémoire, ſur lequel il eſt intervenu Arrêt au rapport de M. Pucelle, Conſeiller, le 2 Septembre 1728, qui prononce en ces termes :

» Notredite Cour, faiſant droit ſur le tout, a mis & met les » appellations & ce dont a été appellé au néant, émnedant, dé- » boute la Dame le Sueur de ſa demande en délivrance du legs à » elle fait par ledit défunt Antoine-Jacques de Vaudricourt, par » leur teſtament mutuel du 13 Juillet 1706, lequel notredite » Cour a déclaré nul, ordonne que dans un mois, &c.

Cet Arrêt juge que quand un teſtament entre conjoints eſt qualifié mutuel, & qu'ils ont entendu diſpoſer mutuellement & réciproquement, ce teſtament ne ſauroit ſubſiſter dès que la réciprocité ne s'y trouve pas.

2°. Qu'il n'y avoit pas de réciprocité dès que les biens de la femme étoient ſitués en Coutumes, où elle ne pouvoit diſpoſer en aucune maniere au profit de ſon mari.

3°. Que l'exécution des donations d'entre maris & femmes, ſe regle par la Loi de la ſituation des biens.

La naiſſance de l'enfant depuis le teſtament n'étoit pas d'une conſidération déciſive, parce que, ſuivant l'Article 106 de la Coutume d'Amiens, les donations de maris & femmes peuvent valoir, y ayant enfants du moins pour l'uſufruit, & ce fut par le défaut de réciprocité, que la diſpoſition fut déclarée nulle. *Obſtante conſuetudine ſitûs bonorum mulieris.*

J'ajouterai une derniere eſpece, qui eſt encore plus ſinguliere, & qui appartient auſſi à nos queſtions mixtes.

Mais auparavant il faut mettre ſous les yeux certains articles de la Coutume de Rheims.

Art. 239, hommes & femmes conjoints par mariage, ne ſont uns & communs en biens, meubles & conquêts immeubles faits durant & conſtant le mariage.

Art. 240, après le décès du mari, eſt au choix & option de la femme ſurvivante de partir contre l'héritier du mari, ou ſe tenir à ſes douaire & aport, ou de ſoi tenir à l'Ordonnance teſtamentaire de ſon mari.

Par l'*art.* 261, la veuve qui s'eſt tenue à ſon douaire & aport, ne prend part aux acquêts & conquêts faits durant le mariage.

Par l'*art.* 262, la femme peut avoir ſes douaire & aport, & prendre encore les legs particuliers qui lui ſont faits par ſon mari.

Par l'*art.* 263, la femme peut être légataire univerſelle de ſon mari; mais en prenant le legs, elle eſt privée de ſes douaire & aport mobiliaire, & prend ſeulement ſes héritages avec le legs univerſel.

Par l'*art.* 246, ſous le nom d'aport, ſont compris les dons de noces.

Et par l'*art.* 245, don de noces eſt ce que le futur durant ſes fiançailles, & auparavant ſes épouſailles, donne à ſa fiancée & future épouſe, ſoit en bagues, joyaux, vêtements & autres meubles.

Enfin, par l'*art.* 273, ſi en traitant le mariage, y avoit convention entre le mari & la femme, par laquelle ſoit convenu que la femme ſurvivante aura quelque part & portion des meubles, ou des héritages de ſon mari, ou autre convention de ce qu'elle doit avoir après le trépas de ſondit mari, ladite femme ſera tenue ſe régler à ladite convention, & n'aura aucun deſdits choix.

Voici préſentement le fait.

Demoiſelle Anne-Marguerite Martin, domiciliée à Laon, & le ſieur Nicolas Dallier, Conſeiller au Préſidial de Rheims, & y domicilié, contracterent mariage enſemble en 1697, en la ville de Laon, où le contrat de mariage fut paſſé.

Par le contrat les futurs ſtipulerent une communauté con-

formément à la Coutume de Laon, à laquelle ils ſe ſont ſoumis, dans laquelle communauté les futurs apporteront chacun la ſomme de 4000 livres, le ſurplus leur ſera propre, &c.

La future eſt douée de la ſomme de 300 livres de douaire préfix, ſoit qu'il y ait enfants, ou non, rachetable de 3000 livres.

Le ſurvivant deſdits futurs conjoints reprendra, ſavoir, ledit ſieur futur époux, en cas de prédécès de ladite Demoiſelle future épouſe, outre ſes habits, linges, livres, armes & chevaux, la ſomme de 1000 livres ſur les effets de ladite communauté, & ladite future épouſe ſurvivante reprendra par préciput, hors part, avec tous ſes habits, linges, bagues & joyaux, pareille ſomme de 1000 livres.

Et encore une autre ſomme de 1000 livres pour ſa chambre garnie, en cas qu'elle accepte ladite communauté, à laquelle néanmoins elle, ou les ſiens, pourront renoncer, & en cas de renonciation, elle reprendra tout ce qu'elle y aura apporté, avec ſon douaire & préciput.

Les héritiers de laquelle auront pareil privilege, à l'exception des préciput, douaire & chambre garnie.

Immédiatement après le mariage, le ſieur Dallier amena ſon épouſe à Rheims, ſon domicile, où ils ont toujours continué de demeurer.

En 1704, le 9 Juin, le ſieur Dallier fit ſon teſtament olographe, daté à Rheims, qui contient la diſpoſition ſuivante.

Pour ce qui concerne mes biens, la tendre amitié que m'a toujours portée ma chere épouſe, & l'étroite union avec laquelle nous avons toujours vécu enſemble, m'oblige, par inclination & par reconnoiſſance d'uſer de la liberté que me donne la Coutume de Rheims ſous laquelle nous vivons, & pour l'aider à faire plus d'aumônes, ſuivant ſon inclination, & que je l'y exhorte, je lui donne & legue tous mes meubles & conquêts en propriété, & l'uſufruit de la maiſon où nous demeurons, au cas qu'elle veuille y faire ſa demeure; que ſi elle veut retourner à Laon, je laiſſe à mes héritiers tous mes propres, tant en propriété, qu'en uſufruit, y compris cette même maiſon.

Le ſieur Dallier décéda le 6 Février 1733; ſcellé fut auſſitôt appoſé ſur ſes effets. La Dame Dallier forma ſa demande au Bailliage de Rheims, en délivrance de legs. Cette demande

fut depuis renvoyée aux Requêtes du Palais, où il intervint Sentences par défaut, le 21 & 30 Juin 1733, adjudicatives des concluſions.

Appel de ces Sentences, de la part des héritiers du ſieur Dallier.

J'ai entre les mains une Conſultation que ces héritiers avoient faite à Paris dès le 5 Mai précédent, à quatre de nos Confreres. Ils diſcuterent parfaitement les différentes diſpoſitions de la Coutume de Rheims.

Après avoir obſervé que c'étoit cette Coutume qui devoit décider de la validité de la diſpoſition teſtamentaire, comme étant la Loi du domicile des conjoints & de la ſituation des biens, ils font conſiſter toute la difficulté dans la juſte interprétation de l'Article 273 de cette Coutume; parce que ſi la Dame Dallier ſe trouvoit être dans les termes de cet article, elle avoit conſommé tous les choix que la Coutume de Rheims accorde aux femmes ſurvivantes leurs maris: elle devoit s'en tenir aux conventions portées par ſon contrat de mariage, & n'étoit plus en état d'accepter le legs univerſel.

Delà ils paſſent à la queſtion de fait, & trouvent que les clauſes de ſon contrat de mariage ont fixé irrévocablement la Dame Dallier aux conventions & avantages y portés, ſans pouvoir plus choiſir le legs univerſel. 1°. Stipulation de communauté admiſe dans la Coutume de Laon; mais que celle de Rheims exclut. 2°. 4000 livres que les conjoints mettent chacun en communauté. 3°. 300 livres de douaire. 4°. Le ſurvivant des conjoints reprendra, ſavoir, le futur époux, outre ſes habits, linges, armes & chevaux, la ſomme de 1000 livres ſur les effets de la communauté, & la future par préciput, & hors part, avec tous ſes habits, linges, bagues & joyaux, pareille ſomme de 1000 livres pour une chambre garnie, en cas qu'elle accepte la communauté; & en cas de renonciation, elle reprendra tout ce qu'elle y a apporté, avec ſes douaire & préciput.

Ainſi la Dame Dallier, en cas de renonciation, doit prendre, 1°. ſon aport mobilier que ne lui donne pas la Coutume de Laon. 2°. Elle s'eſt aſſurée un préciput que ne donne point encore la Coutume de Laon. 3°. Elle doit prendre ſon douaire.

Mais ſi la femme, en renonçant à la communauté, s'eſt réſervé ſon douaire, ſon aport & ſon préciput, elle ne peut plus

dès lors opter le legs univerſel, ſuivant l'*art.* 273, & elle doit ſe tenir à la convention de ſon contrat de mariage, parce qu'elle eſt réellement convenue de ce qu'elle doit avoir après le trépas de ſon mari.

Cette affaire me fut conſultée ſur la fin de Janvier 1734.

J'eſtimai d'abord, comme mes Confreres, que s'agiſſant d'un legs univerſel, de meubles, conquêts & propres ſitués à Rheims, où étoit le domicile des conjoints au jour du décès du ſieur Dallier, il ne falloit plus conſulter la Coutume de Laon, parce qu'en matiere de diſpoſitions teſtamentaires entre conjoints, c'étoit la Loi de la ſituation qui décidoit comme réelle en cette partie.

Delà paſſant aux diſpoſitions de la Coutume de Rheims, j'obſervai qu'encore que cette Coutume n'admît pas de communauté entre conjoints, *art.* 280, néanmoins elle admettoit la femme à partager les acquiſitions du mari auſſi-tôt après ſon décès, *art.* 240.

Que ſi la femme prédécédoit, ſes héritiers ne laiſſoient pas que d'avoir moitié en propriété dans les conquêts immeubles, l'uſufruit deſdits immeubles réſervé au mari ſurvivant, *art.* 265 & 277.

Que le même *art.* 240 donne à la femme le choix de trois choſes, ou de partir les effets acquis, ou de ſe tenir à ſes douaire & aport, ou de ſoi tenir à l'Ordonnance teſtamentaire de ſon mari.

Que la Coutume défere ces trois options avec prudence & ménagement : la veuve ne peut pas cumuler tout à la fois ces trois bénéfices; elle n'en peut pas même cumuler deux; elle doit ſe contenter de l'un des trois.

Qu'ainſi la Dame Dallier ne pouvoit pas partir contre les héritiers de ſon mari, & prendre encore le legs univerſel qu'il lui avoit fait.

Ce qui me donna occaſion de remarquer que juſques alors la Dame Dallier n'avoit fait aucune renonciation à la communauté; que cependant par ſon contrat de mariage paſſé à Laon, elle étoit de convention expreſſe, commune avec ſon mari; que faute de renonciation à la communauté, on ne pouvoit la regarder que comme commune; qu'elle portoit cette qualité perſonnelle en la Coutume de Rheims & dans quelque Coutume que ce fût; qu'ainſi en l'état où étoit l'affaire, il lui étoit

impoſſible de réuſſir dans la prétention de légataire univerſelle ; qu'on ne lui avoit pas donné le conſeil à Rheims de renoncer à la communauté, parce que pareilles renonciations n'étoient peut-être pas en uſage, eu égard à la diſpoſition de cette Coutume ; mais que dans l'eſpece de la conteſtation, la renonciation étoit indiſpenſable, & que juſqu'à ce, il y avoit une fin de non-recevoir contre elle inſurmontable ; parce que, faute de renonciation, elle ſeroit, & commune, & légataire univerſelle, deux qualités incompatibles dans la Coutume de Rheims ; qu'ainſi mon avis étoit qu'elle fît inceſſamment cette renonciation, & qu'elle ſe donnât bien de garde de laiſſer juger l'appel ſans l'avoir faite : elle déféra à mon avis, & le 20 du mois de Février 1734, elle renonça à la communauté par acte paſſé pardevant Lefils Notaire à Rheims.

Delà je tombai ſur l'Article 273 de cette Coutume, & j'obſervai que tout le point de la difficulté étoit de ſavoir ſi dans le contrat de mariage de la Dame Dallier, il y avoit une convention ſuffiſante pour l'exclure de l'un des trois choix qui lui étoient accordés.

Les Avocats qui avoient été conſultés, étoient de l'avis de l'affirmative ; mais je penſai autrement, & voici l'extrait de mes raiſonnements.

J'obſervai, 1°. qu'à la vérité, la Dame Dallier étoit commune par ſon contrat de mariage ; mais elle a de droit général, & même de droit conventionnel, la liberté de renoncer, & par conſéquent elle peut partir, ou ne pas partir.

2°. En renonçant & ne partant pas, elle peut encore, ſuivant ſon contrat de mariage, reprendre tout ce qu'elle aura apporté en dot, avec ſon douaire ; mais dans la Coutume de Rheims, ne peut-elle pas pareillement ſe tenir à ſon aport & à ſon douaire ? Cette faculté ne lui ôte pas le droit d'opter de s'en tenir à l'Ordonnance de ſon mari.

Reſte donc à examiner ſi dans le cas de renonciation à la communauté, ayant été ſtipulé que la veuve, outre ſon aport, pourroit prendre ſon préciput, cette convention peut former une déchéance du droit de ſe tenir à l'un des trois choix.

Quel eſt le préciput de la veuve ? C'eſt de reprendre tous ſes habits, linges, bagues & joyaux, & la ſomme de 1000 livres. Cela ſe termine là : car la chambre garnie ne lui eſt accordée

que

que dans le cas d'acceptation de communauté. Cette chambre garnie eſt diſtinguée du préciput.

Voyons donc ſi la convention de ce préciput tient lieu de la convention requiſe par l'*art.* 273, pour être déchu des trois choix. J'obſerverai que par la diſpoſition des Articles 245 & 246 de la Coutume de Rheims, les préſents de noces étoient compris ſous le nom d'aport; en ſorte que les habits, linges, hardes, bagues & joyaux que la veuve avoit à reprendre, étant compris ſous le nom d'aport, cette convention ne formoit pas de déchéance.

Il ne pouvoit donc y avoir que les 1000 livres qu'elle avoit droit de reprendre, qui pouvoient opérer une déchéance; mais je crus que cette ſomme modique devoit être regardée comme un ſurcroît de bagues & joyaux, & par conſéquent comme préſent de noces qui n'empêchoit pas l'option du legs univerſel, & j'eſtimai qu'une ſomme ſi modique ne pouvoit pas être regardée comme une convention telle que celle requiſe par l'*art.* 273.

Ainſi mon avis fut que la veuve faiſant la renonciation que je lui indiquois, étoit bien fondée à ſe dire légataire univerſelle de ſon mari, *& ſic judicatum*, par Arrêt du 7 Mai 1735, en la Grand'Chambre, au rapport de M. l'Abbé Lorenchet, M. Rolland de Challerange, lors Avocat des Parties, & aujourd'hui Conſeiller de la Cour, & M. Mopinot, firent de très-bons Mémoires dans cette affaire.

Ainſi cet Arrêt, ſelon moi, juge ſeulement que la convention du contrat de mariage de la Dame Dallier, ne formoit pas de déchéance, & n'étoit pas de la nature de celle requiſe par l'*art.* 273.

Dans cette même affaire on oppoſoit à la Dame Dallier un Arrêt du 30 Août 1717, rendu contre la nommée Carangeot, veuve Nicolas Caiſſe. C'étoit une ſervante que ſon maître avoit épouſée: elle n'avoit environ que 150 livres de nippes & d'habits, & ſon mari lui avoit aſſuré une ſomme de 1540 livres, avec quantité de meubles, & une habitation ſa vie durant, & enſuite il étoit dit par le contrat de mariage « tout ce que deſ-
» ſus ſtipulé, & accepté par la Dame Carengeot, qui, au moyen
» des avantages à elle faits par le préſent acte, a quitté & re-
» noncé, quitte & renonce par ces préſentes, au douaire qu'elle

» pourroit avoir & prétendre aux acquisitions que ledit Caisse » pourroit faire pendant le mariage. »

Peut-on comparer cette clause avec celle du contrat de mariage de la Dame Dallier? Aussi M. Lorenchet, Rapporteur dans cette affaire aussi-bien que dans celle de la Dame Dallier, ne fut-il aucunement touché de cet Arrêt, & la Cour en fit parfaitement la différence.

On citoit encore une Sentence, du 16 Août 1730, rendue par le Bailli du Duché de Rheims, seul Juge dans sa Jurisdiction, qui déclare la veuve Josseteau non-recevable en sa demande en délivrance de legs faits par son mari : l'un & l'autre étoient domiciliés à Rheims, leur contrat y avoit été passé en 1721. Voici la clause de leur contrat. » Au par-dessus de quoi au » cas que la Demoiselle future survive ledit sieur Josseteau, il » lui donne & legue en faveur de mariage, tous les meubles » meublants qu'il aura au jour de son décès, pour appartenir à » la Dame future épouse en pleine propriété.

Josseteau fit en 1729, un testament par lequel il institua sa femme légataire universelle : les héritiers contesterent la délivrance; le premier Juge décida en leur faveur; mais sur l'appel y ayant eu des conclusions de M. le Procureur-Général, pour infirmer la Sentence, les Parties s'accommoderent, & la délivrance fut consentie.

Il étoit facile de voir que la clause du contrat de mariage de Josseteau, n'avoit rien de semblable à celle du contrat du sieur Dallier, & que les héritiers Josseteau pouvoient perdre, sans aucune conséquence, ni induction contre la prétention de la veuve Dallier.

C'est encore par la raison seule de la réalité que je me suis déterminé dans l'espece suivante.

On sait que la Coutume de Paris, *art.* 283, permet au conjoint de donner aux enfants de son conjoint, lorsqu'à son égard il n'a point d'enfants, ni de son mariage, ni d'un précédent.

Cet article a été regardé comme contenant une disposition singuliere & contraire aux regles. C'est pourquoi, par Arrêt du mois de Février 1729, rendu sur les conclusions de M. l'Avocat-Général d'Aguesseau, depuis Chancelier de France, il a été décidé que cette disposition ne pouvoit avoir lieu dans la

Coutume de Senlis, & il a été ordonné que l'Arrêt ſeroit lu & publié.

His poſitis, un homme domicilié à Paris ou ailleurs, a des biens à Paris, & il en a à Senlis; il n'a point d'enfants de ſon mariage, ni d'aucun autre; mais il a épouſé une veuve qui en a d'un premier lit: il eſt bien ſenſible que cet homme n'ayant ni enfants communs, ni d'aucun lit précédent, pourra donner les biens de Paris aux enfants nés d'un premier mariage de ſa ſeconde femme; mais il ne pourra pas leur donner ceux ſitués à Senlis, & cela parce que le Statut qui permet ou défend de donner, eſt un Statut réel, & qu'il faut ſuivre par rapport à chaque bien la Loi de la ſituation.

Cependant ſi le ſyſtême de la convention préſumée devoit être admis, il faudroit décider dans cette eſpece que les conjoints mariés à Paris, étoient tacitement convenus de ſe pouvoir donner conformément à cette Coutume, ce qui n'a point été ſuivi par l'Arrêt de réglement.

De tout ce que nous venons de dire, il réſulte que par rapport aux donations, ſoit entre-vifs, ſoit teſtamentaires, ou ayant trait à la mort, il faut toujours ſuivre la Loi de la ſituation; ſavoir, par rapport aux donations entre-vifs, celles au jour même de la donation, & par rapport aux autres, celles au moment du décès du donateur.

D'où il ſuit que des conjoints ne peuvent pas en conſcience éluder par des voies indirectes, les Loix qui doivent régir ces donations, & qu'ils doivent s'y conformer, parce que nos poſſeſſions ne ſont juſtes, qu'autant qu'elles ſont autoriſées des Loix: l'on peut conſulter là-deſſus les cas de conſcience de M. de Sainte-Beuve.

Ç'a été pour prévenir toutes les fraudes qui ont coutume de ſe pratiquer principalement entre conjoints en cette matiere, que la Cour a ordonné par ſes Arrêts des affirmations très-étendues, & qui coupent la racine à tous ſubterfuges.

Par un Arrêt du 11 Février 1716, rendu dans la ſucceſſion de Charles Surat, il a été jugé que ledit Surat ayant fait un legs univerſel au profit du ſieur Soucanie, Prêtre, Chanoine de Nelle, il auroit délivrance de ſon legs en affirmant à l'Audience que lorſqu'il a accepté le legs univerſel, il l'a accepté pour lui, & n'avoit pas intention de le reſtituer à la veuve du

testateur, & n'a point intention pour le présent de le remettre à ladite veuve en tout ou partie.

Par un autre Arrêt précédent, rapporté au Recueil de Jurisprudence de M. du Rousseaud de la Combe, il a été jugé que le légataire universel, légataire de sa belle-sœur, seroit tenu d'affirmer en personne & à l'Audience, que directement, ni indirectement, il ne prête son nom au mari, même qu'il ne prêtera pas son nom, ni qu'il n'acceptera ledit legs pour le remettre directement, ni indirectement en tout, ou partie d'icelui, en quelque maniere que ce puisse être, au mari, par Arrêt du 24 Janvier 1716, confirmatif d'une Sentence des Requêtes du Palais, du 20 Septembre 1715, sur les conclusions de M. de la Moignon, lors Avocat-Général, & à présent Chancelier de France.

Rodenburgh passe au *nombre* 5 de ce *Chapitre*, dont nous avons remis l'examen en la présente Observation, à une autre question. Les défenses de nos Coutumes faites aux conjoints de s'avantager, sont toujours présumées restreintes aux biens situés dans les Coutumes qui font la prohibition; mais notre Auteur demande ce qu'il faudroit penser pour le cas où la Coutume du domicile feroit des défenses aux conjoints de s'avantager de quelques biens, que ce puisse être, & en quelque endroit qu'ils fussent situés; & il estime que cette disposition ne pourroit pas donner atteinte à une donation de biens situés dans des Coutumes contraires, parce qu'une Coutume ne sauroit faire Loi à une autre Coutume; mais il ajoute que comme la Loi du domicile est en droit de commander à son domicilié, & de lui défendre certains actes, & que ce commandement engendre une action personnelle contre lui, lorsqu'il y a contrevenu, le survivant, en recueillant le bénéfice de la donation, sera tenu par action personnelle, des dommages & intérêts envers les héritiers du prédécédé; parce que, dit-il, la maxime de tous nos Auteurs est que la Loi du domicile affecte la personne domiciliée, même par rapport aux biens qui sont situés ailleurs, quand la Loi y est précise, & il renvoie à Grivelle *decis.* 104, *n.* 45 & 46.

Pontanus sur l'Article 174, §. 13 des Donations de la Coutume de Blois, qui porte, « que homme & femme conjoints

» par mariage, ne peuvent ſe donner, par teſtament, aucune » choſe, » agite la queſtion par rapport aux biens qui ſont ſitués ailleurs, & il la décide de la maniere ſuivante. *Diſpoſitio ſiquidem conſuetudinis quâ aliquid abſolute prohibetur, ad omnes pertinet qui huic provinciæ in qua illa viget, ſubditi ſunt. Conſuetudo enim ſuum perpetuo civem ligat, ubivis locorum ;* & il compare cette défenſe particuliere à celle qui réſulte de l'interdiction de biens prononcée contre un ſujet. *Quemadmodum in ſimili, interdictio bonorum alicui à judice indicta, ubique vires habet, & ita prodigum ligat, ut nuſquam locorum qui etiam extra ſuum ſunt territorium, contrahere, vendere, aut quicquam agere poſſit.*

Rodenburgh & Pontanus ſemblent ſe contrarier : car le premier déclare la donation valable ; l'autre la déclare invalide : le premier défere à la Loi de la ſituation ; le ſecond défere à la Loi du domicile : mais quoique différents dans leurs déciſions, ils ſe réuniſſent néanmoins : car Rodenburgh eſtimant que la Loi du domicile donne une action perſonnelle contre le donataire, pour indemniſer les héritiers du prédécédé, c'eſt retomber dans l'avis du ſecond, qui eſtime que la donation ne peut ſubſiſter, & elle ne ſubſiſte pas réellement dès que le donataire ne ſauroit profiter de la choſe, qu'autant qu'il en paie la valeur.

Delà il ſuit que, ſelon nos Auteurs, la Loi du domicile commande tellement aux perſonnes, que les perſonnes doivent s'y ſoumettre, même pour les biens ſitués hors le territoire, quand la Loi s'en explique préciſément.

Cette queſtion me paroît très-importante : car, d'un côté, l'on ne ſauroit raiſonnablement diſconvenir que la Coutume du domicile a droit de commander aux domiciliés, & qu'ils tombent dans la déſobéiſſance, quand ils contreviennent ; ce qui produit une action contre eux. Mais, d'un autre côté, c'eſt un principe inconteſtable que les biens ſont régis par la Coutume de leur ſituation ; qu'une Coutume n'a pas droit de diriger des biens qui ne ſont pas dans ſon territoire ; d'où on peut conclure que la prohibition qu'elle fait à l'égard de ces biens qui ſont hors de ſon territoire, eſt comme non faite & non écrite.

Nous avons, à la vérité, quelques Coutumes dans le Royaume, qui ont égard aux biens qui ſont ſitués ailleurs, pour s'ar-

ranger sur la permission qu'elles donnent de disposer des biens qui leur sont soumis. Telle est la Coutume de Tours, *art.* 238, qui, pour régler ce qui doit entrer dans les donations, a égard aux propres régis par d'autres Coutumes, dans la subrogation qu'elle établit des acquêts aux propres. Telle est encore la Coutume d'Artois, en *l'article* 187, qui veut que les héritiers mobiliers, & ceux des acquêts, cateux, ou autres biens disponibles, en quelques endroits qu'ils soient situés, soient capables des dettes, & tenus de s'en acquitter l'un l'autre par égale portion.

M. Maillard, dernier Commentateur de la Coutume d'Artois, observe fort judicieusement qu'à l'égard de la Coutume de Tours, elle considere, à la vérité, les biens situés dans d'autres Coutumes, pour régler ses dispositions; mais qu'elle ne fait pas de Loi aux biens situés dans ces autres Coutumes; & qu'à l'égard de la Coutume d'Artois, elle ne fait Loi qu'à l'héritier qui recueille des biens dans son territoire, & qu'à raison de ce, elle le charge des dettes; qu'ainsi la charge tombe sur la personne, & accessoirement sur les biens.

Mais je ne connois aucunes Coutumes dans le Royaume, qui disposent nommément & directement des biens qui ne leur sont pas soumis.

Dans le Comté de Flandres, la Coutume de Gand, *rub.* 25, *art.* 1, semble avoir disposé des biens situés ailleurs : en voici les termes. « Après le décès de l'un des deux conjoints, le survivant a sa vie durant, pour son douaire coutumier, la moitié des revenus annuels, des fiefs, des héritages & des rentes réalisées rachetables du défunt, provenus du côté du premier décédé, & dont il est décédé propriétaire, en quelques endroits qu'ils soient assis & situés, nonobstant aucune Coutume locale au contraire.

Cela présupposé, que faut-il décider par rapport aux Coutumes du domicile, qui semblent avoir disposé des biens situés ailleurs ?

Burgundus parle de la question de notre Auteur, *ad consuetudines Flandriæ*, en quatre endroits.

Tract. 1, *n.* 29 *& suivants*, il suppose que la Coutume du domicile défend à la femme d'aliéner ses biens en quelques endroits qu'ils soient situés, sans le consentement de son mari. Il convient qu'une pareille prohibition empêche que l'on puisse

agir contre la femme par action perſonnelle, pour l'obliger de faire la tradition de la choſe vendue, & ſituée ſous une Loi qui lui permet d'en diſpoſer, ni pour l'obliger à aucune garantie; mais il dit que ſi la femme a fait tradition de la choſe, cette tradition ne pourra être rétractée.

Cependant, ajoute-t-il, dans le cas même de tradition, la prohibition de la Coutume ne ſera pas toujours ſans effet; & Burgundus dit que ſi l'acquéreur a connu la prohibition, la tradition ne pourra pas ſubſiſter à cauſe du dol, & ſi au contraire il l'a ignorée, elle tiendra.

Au même Traité, *n.* 46, il demande de quelle nature eſt le Statut, qui porte, que chacun pourra diſpoſer, par teſtament, du tiers de ſes biens; s'il eſt réel, perſonnel, ou mixte; & après avoir dit qu'il eſt mixte, parce que ce Statut renferme les meubles, comme les immeubles, il décide que le Statut n'agit que ſur les immeubles qui ſont ſoumis à ſon autorité, & que l'on ne peut pas même préſumer que le Légiſlateur ait voulu diſpoſer de biens qui ne dépendent pas de lui : ce qui eſt vrai, dit-il, encore même que le Statut comprît dans ſa diſpoſition les biens ſitués ailleurs. *Si conſuetudo exprimatur his verbis, de rebus ubicumque ſitis.* Mais que ſi le teſtateur a diſpoſé par teſtament d'un bien ſitué dans un lieu où il n'eſt pas permis d'en diſpoſer, ſa diſpoſition, quant aux biens, ne pourra être exécutée, mais que le légataire *actione perſonali compellet hæredem ut ipſe eligat, ſive rerum partes, ſive æſtimationem dare maluerit, ita tamen ut ex vi clauſulæ perſonalis, ipſa æſtimatio ſola maneat in obligatione, licet rerum partes in ſolutionem veniant.*

Au même Traité, *n.* 48, après avoir demandé ſi le Statut qui a lieu à Courtray, & qui porte, que le fils puîné pourra faire part pour un tiers dans les Fiefs, en abandonnant la part qu'il pourroit prétendre dans les rotures, eſt réel, ou perſonnel, & ſi ce fils puîné ſeroit tenu, pour profiter des fiefs, d'abandonner les rotures ſituées hors la Seigneurie de Courtray; & après avoir répondu pour la négative, en décidant que le Statut eſt réel, il demande ce qu'il faudroit décider, ſuppoſé que le Statut voulût que le puîné abandonnât les rotures, en quelque endroit qu'elles fuſſent ſituées; & dans cette eſpece particuliere, il décide qu'il ſera tenu de les abandonner toutes, non pas que le Statut faſſe la Loi à ces biens étrangers; mais

dans ce cas elle ne donne tiers dans les Fiefs, que sous cette condition à laquelle il faut obéir.

Enfin au *n.* 52 du même titre, il agite la question de savoir de quelle nature est le Statut qui défere au survivant un gain de survie dans les fonds; & après avoir dit que le gain qui consiste en usufruit, est réel, il demande ce qu'il faut décider dans le cas où la Loi le donne, *de rebus ubicumque sitis, nonobstante statuto locali in contrarium;* & il décide toujours que cette Loi n'affecte pas les biens étrangers; mais que de cette Loi il en naît une action personnelle, *quæ ad dandum vel faciendum ex natura sua dirigitur*, & qui est à la charge de ceux qui doivent les dettes personnelles.

Quant à moi, voici ce que j'estime par rapport à ces Loix qui comprennent, dans leur disposition, les biens situés ailleurs.

Il faut convenir que nos Auteurs ont effectivement décidé que les Législateurs pouvoient faire des Loix, même pour des biens situés ailleurs, qui obligeassent les domiciliés; quand ces Législateurs l'ont dit expressément, *quando expresse statuentes dixerunt*, & principalement quand ils défendent.

Ils conviennent qu'à la vérité, les Loix ne peuvent pas, de droit ordinaire, commander à des biens qui ne leur sont pas soumis; mais, selon ces Auteurs, quand elles défendent quelque acte concernant des biens situés ailleurs, elles commandent moins aux biens, qu'aux personnes. Grivelle, cité par notre Auteur, le dit expressément, & renvoie à Tiraqueau qui, de sa part, s'appuie sur plusieurs autorités; & il y a le *Conseil* 41, *liv.* 5, d'Alexandre, qui est pour ce parti; mais j'ai de la peine à adopter cette décision, & je serois porté à croire que ces sortes de dispositions prohibitives n'ont ni force, ni exécution, & doivent y être regardées comme non écrites; en sorte que la donation faite entre conjoints domiciliés en Coutumes prohibitives, de se donner même les biens situés ailleurs; seroit valable quant aux biens situés en Coutumes qui autoriseroient cette donation, & ce, sans que le survivant fût tenu d'aucune récompense, ni d'aucune indemnité, parce que les conjoints n'ont fait que ce que la Loi de la situation leur permettoit, & que la Loi du domicile n'avoit point d'autorité sur ces biens, si ce n'est que la prohibition faite aux conjoints, fût fondée sur un motif personnel, clairement & nettement exprimé

primé par la Loi du domicile ; auquel cas cette Loi étant perſonnelle, & affectant la perſonne par état, la donation ſeroit nulle par l'incapacité de la perſonne.

On convient que la Loi du domicile a droit de commander & de défendre aux domiciliés ; mais cela eſt vrai, 1°. par rapport aux biens qui ſont ſoumis à ſa Juriſdiction. 2°. Cela eſt encore vrai, quand la Loi met dans la perſonne une incapacité d'état & de condition, ou qu'elle commande directement aux perſonnes, par un motif pur perſonnel ; cette Loi s'étend, en ce cas, ſur tous les biens, *ſecundariò & per conſequentiam ;* mais je ne crois pas que la maxime ſoit vraie, quant à des biens ſitués ailleurs, lorſque la Loi ne met dans la perſonne qu'une incapacité particuliere & pure réelle, qui n'a pour objet que les biens, & c'eſt dans ce cas que je crois, avec pluſieurs de nos Auteurs, que le Légiſlateur eſt ſans droit, ni Juriſdiction. Je conçois encore qu'une Loi peut défendre à ſes domiciliés, par forme de police, de faire certains actes au dehors, comme de ſortir de la ville certains jours, à certaines heures, d'aller hors l'étendue de la Juriſdiction, pour s'y réjouir & y conſommer du vin, de paſſer hors la Juriſdiction des actes entre eux, parce que toutes ces défenſes peuvent intéreſſer le Légiſlateur. La police du lieu, l'adminiſtration des ſubſides & des impôts, peuvent être la ſource de pareilles défenſes ; mais le Légiſlateur n'a nul intérêt dans des biens qui ne lui ſont pas ſoumis. C'eſt l'avis de Giurba, *ad jus Meſſanenſe*, cap. 6, gl. 8, n. 6, *quod ſi admittimus intellexiſſe ſtatuentes etiam de bonis ſitis extra eorum territorium, dicendum tamen adhuc eſt bona illa non comprehendi, deffectu poteſtatis ipſorum ſtatuentium qui autoritatem non haberent ſtatuendi aliquid de eis.*

Ainſi ſi le Statut qui diſpoſe des biens & qui étend nommément ſa diſpoſition ſur les biens ſitués ailleurs, n'en diſpoſe qu'en conſéquence de l'état de la perſonne, & par la ſuite de cet état, je dis que la Loi diſpoſe moins des biens, qu'elle ne diſpoſe des perſonnes, & qu'en énonçant ces biens, elle ne fait qu'exprimer l'effet du Statut perſonnel qui agit par-tout, par la ſuite & la conſéquence de l'état de la perſonne, & cela eſt vrai, ſoit que le Statut ſoit prohibitif, ſoit qu'il ſoit permiſſif. Par exemple, ſi la Loi du domicile défend à une femme de vendre, aliéner & diſpoſer de ſes biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, ſans l'autoriſation de ſon mari, ou ſi la

Loi permet à un majeur, en tant que majeur, de disposer de ses biens, même de ceux situés ailleurs, dans ce cas la Loi ne fait que marquer ce que l'homme peut, ou ne peut pas, par la suite & la conséquence de son état, & le majeur pourra disposer par-tout où il n'y aura pas de prohibition particuliere & réelle.

Ainsi je dirai volontiers avec Burgundus & avec Rodenburgh, que les Loix ne peuvent agir sur des biens situés hors l'étendue de leur domination, & je l'entendrai d'une action directe & premiere sur les biens, & indépendante de l'état de la personne, & non point d'une action seconde & réfléchie qui n'agit que par suite & par conséquence de l'état de la personne : car dans ce dernier cas, qui est le premier exemple proposé par Burgundus, *tract.* 1, *n.* 29, la Loi n'agit sur les biens, qu'à cause de l'état de la personne qui est sous la puissance de son mari : elle frappe directement sur les personnes qu'elle affecte, & qui étant affectées d'une certaine habitude personnelle, peuvent, ou ne peuvent disposer de leurs biens, en quelque endroit qu'ils soient situés, que conformément à l'état de leurs personnes.

Delà il suit qu'il ne faut pas distinguer, comme fait Burgundus, si l'acquéreur a su, ou n'a pas su la prohibition de la Loi du domicile, l'acte est nul en soi dans l'un & l'autre cas; mais sa distinction est la suite du systême général de cet Auteur.

Mais si la Loi du domicile, qui comprend les biens même situés ailleurs, est une Loi pure réelle, ou cette Loi est permissive, ou elle est prohibitive. Au premier cas, en présupposant que l'homme est capable par état, & n'est pas gêné dans l'exercice des actes de son état, je dis que la disposition de la Loi doit être modelée sur la Loi de la situation des biens, parce que le Statut étant pur réel, doit être renfermé dans son territoire, & que la Loi d'un lieu ne peut commander à des biens situés dans un autre; que si au contraire la Loi du domicile est prohibitive de disposer d'une certaine nature de biens, & au profit de certaines personnes, des biens même situés ailleurs, telle qu'est la Loi qui défend aux conjoints de se donner, & que ces conjoints aient des biens situés en Coutumes qui le permettent, & que réellement ils en aient disposé; c'est dans cette espece que Rodenburgh estime que l'on pourra obli-

ger le conjoint ſoumis au Statut du domicile d'y obéir, ou le contraindre de faire raiſon du tort que le défaut d'obéiſſance cauſe à un tiers ; mais j'ai peine à me rendre à cette déciſion, par les raiſons ci-deſſus expliquées ; & je crois penſer en cela, comme Me Ch. du Molin, *C. de Statutis :* car en parlant du gain que la Loi donne au mari ſur la dot de ſa femme, & qu'il dit appartenir au mari, conformément à la Loi du domicile matrimonial, en quelques lieux que les biens dotaux mobiliers, ou immobiliers ſoient ſitués, & ce, *in vim taciti pacti,* il dit que ſi la Loi matrimoniale étoit prohibitive de ces gains & de toutes pactions contraires, cette Loi n'auroit pas lieu *ultra fines ſui territorii*, & il les auroit ailleurs, ſi ce n'eſt, ajoute-t-il, qu'il fût convenu expreſſément qu'il ne les auroit pas. *Si ſtatutum eſſet abſolutum & prohibitorium, nonobſtantibus pactis factis in contrarium, tunc non haberet locum ultra fines ſui territorii, niſi expreſſe de tali lucro conventum fuiſſet.*

D'où je conclus que Me Ch. du Molin a penſé que la Loi du domicile, prohibitive d'un avantage que donneroit la Loi de la ſituation, n'empêche pas que la convention du contraire ait lieu ſur des biens ſitués ailleurs, à moins que les Parties n'aient embraſſé expreſſément, par convention, la prohibition légale du domicile ; c'eſt-à-dire, à moins qu'elles n'aient exclu nommément tous avantages que pourroient faire les Coutumes de la ſituation.

Donc la Loi du domicile matrimonial ne peut défendre à ſes domiciliés, contre les Loix de la ſituation, & la défenſe n'a lieu, qu'autant que, par convention, les Parties ſe ſoumettent à cette défenſe.

Ce que nous venons de dire eſt par rapport aux Loix qui exigent le miniſtere de l'homme ; mais quand il s'agit de Loix qui diſpoſent ſeules, ſans que le miniſtere de l'homme y ſoit néceſſaire, & qu'elles diſpoſent des biens ſitués ailleurs, par exemple, la Loi donne pour gains de ſurvie, au ſurvivant des conjoints, certaine nature de biens du prédécédé, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués ; pour lors l'homme qui ne concourt pas avec la Loi, mais qui reçoit tout de la Loi, ne peut recevoir que ce que la Loi a droit de lui donner, & la Loi excede certainement ſon pouvoir, quand elle donne des biens qui ne ſont pas ſitués dans ſon territoire. Voyez *l'Obſervation* 38 ; & c'eſt pour ce cas, où je ne puis dire avec Burgundus & avec

mon Auteur, qu'il naît une action personnelle, *quæ ad dandum, vel faciendum ex natura sua dirigitur;* & il ne faut pas imaginer un pacte tacite, *in vim taciti pacti* : car s'il y a lieu de feindre un pacte, c'est plutôt en faveur des différentes Loix de la situation, qu'en faveur de la Loi seule du domicile matrimonial qui n'a aucun droit sur les biens.

J'ai observé ci-devant que la Coutume de Gand donne au survivant des conjoints, droit de douaire coutumier sur certaine nature de biens, en quelque endroit qu'ils soient situés, & nonobstant aucune Coutume locale au contraire.

J'estime que cette disposition ne pourroit s'étendre sur des biens situés hors son territoire, & ce que je dis présentement auroit lieu, soit que ces Coutumes du dehors fussent non-seulement prohibitives négatives, ou simplement négatives, mais encore si elles sont muettes, parce qu'aucune Loi ne sauroit commander à des biens qui ne lui sont pas soumis.

Ce que l'on pourroit dire en faveur de la Coutume de Gand, est qu'elle ne commande que dans l'étendue de son district & territoire, sur de simples Coutumes locales qui en sont dépendantes; qu'elle a droit de commander dans ces Coutumes particulieres, dont elle n'a admis les dispositions locales, que sous les exceptions & les modifications prescrites par la Coutume générale; mais c'est une discussion qui peut être utile aux gens de la Nation, & je me renferme dans les principes, qui sont, qu'une Coutume ne sauroit donner sur une autre Coutume des droits réels, telle qu'est une jouissance sur certains biens.

Par la Coutume de Bruges, l'héritier qui prend les fiefs, ne doit pas, à raison de ce, plus de dettes que les autres héritiers, en quelque endroit que les biens d'ailleurs fussent situés : les habitants de Bruges prétendoient que cette disposition de leur Coutume devoit avoir lieu indistinctement, & par-tout ailleurs; mais Christin. en ses décis. *vol.* 1, *decis.* 287, rapporte plusieurs Arrêts au contraire, parce que, *Statuta extra territorium sese non extendunt....* Et voici ce qu'il ajoute ensuite par rapport à une autre prétention des mêmes habitants, au sujet du partage des biens d'une succession, *ac proinde etiam cùm in eadem civitate Brugensi omnia bona immobilia civium ibidem decedentium dividantur inter heredes paternos & maternos æqualiter, & uti aurum, & argentum in arca, nec sequantur lineam exceptis feudis, nullo habito respectu ad consuetudi-*

nes locorum, ubi bona ſita ſunt ..... & intellexerint debere habere locum etiam quoad bona ſita in aliis Provinciis, aliter tamen judicatum fuit an. 1598 *& an.* 1601.

Enfin il y a des Coutumes qui donnent de leur autorité certains avantages, & qui en donnant ainſi, enviſagent les biens ſitués ailleurs : par exemple, les Coutumes qui permettent de diſpoſer de tous ſes acquêts, quand on a des propres; celle de Coutray, dont parle Burgundus, qui permet au puîné de prendre part pour un tiers dans les fiefs, en abandonnant la part qu'il pourroit prétendre dans les rotures, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués.

Dans ces Coutumes les biens ſitués ailleurs ne ſont proprement que des conditions; la Loi n'offre les avantages qu'elle donne qu'en cas que l'on ait des biens ailleurs de la qualité dont elle les exige, ou que l'on renonce aux biens ſitués ailleurs : en ce cas il n'y a pas de doute que la Loi peut impoſer des conditions en vue des biens étrangers, non pas qu'elle leur commande directement; mais elle commande ſeulement aux perſonnes à qui elle permet certaines choſes, ou accorde certains avantages ſous des conditions qu'elle eſt la maîtreſſe d'impoſer, & en cela je me range du parti de Burgundus, *inde tamen dicere non licebit bona alterius territorii Statuto affici, ſed potius in conditione poni.*

S'il ſe trouvoit que la condition appoſée ne pût pas être exécutée par rapport aux biens ſitués ailleurs, c'eſt pour lors, comme dit Burgundus, qu'il eſt dû une indemnité. C'eſt pourquoi, par rapport au Statut de Courtray, le fils puîné eſt tenu d'abandonner, *univerſa paganica quorum facultatem habet, & ſi non habet, æſtimationem præſtet.*

Je trouve dans la Coutume de Poitou, une diſpoſition dont je puis faire ici une application.

Par l'*art.* 208 de cette Coutume, ſi le pere & la mere ayant peu d'héritages, ont fait donation de tous leurs meubles & acquêts à l'un de leurs enfants, ou leurs repréſentants, les autres enfants, nonobſtant ladite donation, ont le choix de prendre le tiers de tous les immeubles, tant propres, qu'acquêts, ou de ſe tenir aux deux tiers de l'héritage ancien à eux délaiſſé.

Ces termes *peu d'héritages* de l'*art.* 208 de la Coutume de Poitou, s'entendent reſpectivement à la valeur des immeubles acquêts; en ſorte que dans cette Coutume, il y a peu d'héri-

tages, & par conſéquent il y a lieu au choix accordé aux enfants non-donataires, lorſque la valeur telle qu'elle ſoit des acquêts, ſurpaſſe celle des propres, y compris même les propres fictifs, lorſqu'ils ſont tels au profit des contractants & des leurs d'eſtoc & ligne. V. acte de notoriété du 28 Février 1681.

On peut ſur cet article demander ſi les héritages ſitués ailleurs qu'en Poitou, doivent entrer dans la maſſe qu'il faut faire des héritages pour en connoître la valeur, & ſavoir s'il y a lieu au choix & option accordé par ledit article aux enfants non-donataires.

On a décidé dans cette Coutume, comme je vais l'obſerver dans l'inſtant, qu'il n'étoit pas néceſſaire pour diſpoſer des acquêts du Poitou, que les propres y fuſſent ſitués; qu'il ſuffiſoit qu'ils fuſſent ſitués ailleurs.

Delà il paroît conſéquent de dire que tant qu'il y aura des propres dans la ſucceſſion, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, de valeur des acquêts, l'enfant donataire des acquêts ne ſauroit être chargé envers ſes freres non-donataires de l'option de l'*art.* 208 de cette Coutume.

La raiſon en eſt que la Coutume de Poitou, dans la permiſſion premiere & générale qu'elle accorde de diſpoſer des acquêts lorſqu'il y a des propres, ayant enviſagé les propres ſitués hors la Coutume, il eſt conſéquent qu'elle les a pareillement enviſagés, lorſque dans une permiſſion reſtreinte & limitée, elle a accordé aux enfants non-donataires le choix porté par l'*art.* 208.

En effet l'eſprit général de cette Coutume eſt que les acquêts ſoient de libre diſpoſition en fait de donation entre-vifs ou teſtamentaire, lorſque le donateur ou le teſtateur a des propres, ſans conſidérer s'ils ſont de grande ou petite valeur, ni même la Coutume où ils peuvent être ſitués.

Mais elle a enviſagé que dans la directe il pourroit y avoir une trop grande diſproportion entre les enfants, dont les uns pourroient être donataires des meubles & acquêts conſidérables pendant que les autres auroient très-peu de choſe, n'y ayant que très-peu de propres.

Elle a donc voulu pour prévenir cette inégalité injuſte, que les enfants non-donataires euſſent à leur égard le choix quand il y a peu de propres, ou de ſe contenter des deux tiers de ces propres de telle petite valeur qu'ils fuſſent, ou de prendre le

tiers de tous les immeubles, tant propres, qu'acquêts; mais toujours en comprenant dans les propres ceux même qui ſont hors la Coutume.

Ainſi l'enfant donataire des meubles & acquêts, eſt, à la vérité, chargé de l'option quand il y a peu d'héritages; mais auſſi il eſt en droit de faire comprendre dans la maſſe des propres ceux même ſitués hors l'étendue de la Coutume.

Mais dans ces cas il faut, ſi l'enfant donataire veut s'en tenir aux meubles & acquêts, que les enfants non-donataires aient, ou les deux tiers de tous les propres, ou le tiers de tous les acquêts & propres, quelque diſpoſition que portent les Loix de leur ſituation, par la raiſon que l'enfant donataire recevant ſous une condition, ne peut conſerver les bénéfices qu'en exécutant la condition.

J'ai traité en mes Diſſertations mixtes, *Diſſert.* 1, la queſtion qui regarde le pouvoir accordé par certaines Coutumes de diſpoſer de ſes acquêts, quand le teſtateur a des propres, & j'ai montré qu'il n'eſt pas néceſſaire que ces propres ſoient ſitués dans la Coutume même. Voyez encore ſur cette queſtion, la 51 conſult. de celles inſérées dans les Ouvrages de Dupleſſis, *tom.* 2, *pag.* 328; mais depuis il m'eſt tombé un acte de notoriété pour la Coutume de Poitou, que je vais mettre à la fin de cette Diſſertation, par lequel les Juges atteſtent que telle eſt la Juriſprudence dans cette Coutume; mais auſſi il ne ſuffit pas d'avoir ces propres au jour de la donation, il faut les avoir au jour de l'ouverture de la ſucceſſion : ainſi jugé pour ladite Coutume de Poitou, par Arrêt du Mardi 9 Avril 1726, en la Grand'Chambre, entre les ſieurs Rioult, d'Eſtouis & de Curſay.

Dans cette même Coutume on a jugé qu'il ſuffiſoit d'avoir des propres, *in qualitate, & non in quantitate*, pour pouvoir diſpoſer de ſes meubles & acquêts, hors le cas de l'*art.* 208, où il faut que les propres valent au moins ce que les meubles & acquêts valent; mais cela m'écarteroit trop de mon objet principal, & je me contenterai de dater l'Arrêt rendu en la troiſieme Chambre des Enquêtes, le 27 Février 1712, au rapport de M. Pallu, & l'acte de notoriété donné en la Sénéchauſſée de Poitiers, dès le 12 Mars 1680.

De cette queſtion de donation, notre Auteur paſſe à une queſtion de teſtament à l'occaſion d'un certain Statut de la

Province de Gueldres, qui défend de teſter de ſes biens propres, & il demande ſi ceux de dehors peuvent diſpoſer de ces biens; mais j'ai traité ces queſtions dans *l'Obſerv.* 36.

Copie d'un acte de notoriété du Siege Préſidial & Sénéchauſſée de Poitiers, du 20 *Mars* 1705.

» Ce jour la Cour ordinaire & Préſidiale de la Sénéchauſſée » de Poitou à Poitiers, tenant judiciairement, ce requérant » François Durceau & Antoine Gilbert, Avocat & Procureur » en ladite Cour : Oui le Procureur du Roi, comparant par » M. Henri Filleau, Avocat dudit Siege; après avoir pris l'a- » vis des anciens Avocats & Procureurs de ce Siege, avons oc- » troyé acte de notoriété qu'en cette Province de Poitou, pour » pouvoir diſpoſer de ſes meubles & acquêts, il ſuffit d'avoir de » l'héritage obvenu par ſucceſſion, quelque modique qu'il ſoit, » & en quelque endroit du Royaume qu'il ſoit ſitué, ſi ce n'eſt » dans le cas de l'*art.* 208. Ordonne que ledit acte ſera regiſtré » audit Greffe, pour y avoir recours, quand beſoin ſera. Don- » né & fait en ladite Cour, par nous François de Razez, Sei- » neur de Verneuil, Conſeiller du Roi, Lieutenant-Général, » Reveau, du Thiers, le Febvre, Perraut, Peliſſon, le Vaſ- » cher, Richeteau, de Geſnes, de Chazeaux, Rapaillon, » Beſſe, Larcher, Cothereau, Babinet, Conſeiller d'honneur, » Maiſon-Dieu, Roattin, Razay, Legier, Texier, de Lorris, » du Pont, Penigot, Orré, Vincent & Legier, le jeune, tous » Conſeillers du Roi, Juges, Magiſtrats en ladite Cour, le » 20 Mars 1705, *ſigné* BAILLON, contrôlé à Poitiers, le » 25 Mars 1705, par BEAU.

Cet acte s'eſt trouvé en copie dans les Mémoires de défunt M. Riot, notre confrere, & je dois à ſa mémoire de remarquer ici, qu'outre un grand fonds de probité, il poſſédoit au mieux la Coutume de Poitou. Il a laiſſé pluſieurs manuſcrits, & entre autres des inſtitutes coutumieres féodales de cette Coutume qu'il a diviſés en trente-quatre traités particuliers : cette matiere, très-difficile en elle-même & très-difficile dans la Coutume de Poitou, eſt rendue ſi méthodiquement & ſi clairement, que je déſirerois de tout mon cœur qu'on en fît part au Public. Tous ſes Manuſcrits étoient ès mains de dé-

funt

ſunt M. Merland, notre confrere, & j'ai appris qu'ils ont été remis à M. je ſuis perſuadé qu'il ne les refuſera pas au bien général.

M. Riot s'étoit donné la peine de tranſcrire les notes que M. de Riparfons a faites ſur la Coutume de Poitou. Outre que ces notes doivent nous être infiniment précieuſes par le mérite de l'Auteur, & par la reconnoiſſance que nous lui devons pour la belle Bibliotheque qu'il a léguée à notre ordre, voici l'utilité que nous pourrions retirer du tranſcrit de M. Riot.

Nous ſavons tous que M. de Riparfons a laiſſé grand nombre de Manuſcrits, qui ſont gardés avec ſoin dans notre Bibliotheque ; mais comme l'écriture en eſt difficile, ils reſteront probablement, ſans jamais être lus, & le Public ſera privé des recherches & des études de ce grand homme.

En prenant le tranſcrit de M. Riot, & le confrontant avec l'original, on ne ſera pas quinze jours, ſans connoître parfaitement le caractere d'écriture de M. de Riparfons, & on ſeroit en état de mettre au net toutes ſes ſavantes recherches : on pourroit trouver à cet effet de jeunes confreres, qui pour leur propre inſtruction & par amour pour le bien public, ſe prêteroient généreuſement à ce travail, & en tous cas on pourroit en charger le Bibliothécaire.

Je finirai cette note par une autre, qui peut-être paroîtra petite, mais que j'eſtime n'être pas à négliger ; c'eſt que juſqu'à préſent le nom de M. de Riparfons a été défiguré : il l'eſt dans des Epîtres dédicatoires, dans le Dictionnaire de Moréri & dans ſon Epitaphe même ; je l'ai défiguré comme les autres ; mais j'ai vu pluſieurs de ſes ſignatures : il ſignoit ainſi, *de Riparfons*, & non pas *de Riparfont*, ni *de Riparfond*. Il eſt convenable que le nom d'un auſſi illuſtre confrere, & à qui le Public & notre ordre ont des obligations ſi eſſentielles, ſoit tranſmis à la poſtérité, ſans aucune altération.

OBSERVATION XXXVI.

DEs conjoints, (& c'est la seconde question agitée par Rodenburgh,) s'étoient, pendant leur mariage, mutuellement laissé les biens de leurs successions, & ils étoient pour lors domiciliés dans une Coutume qui le leur permettoit; cette disposition peut-elle subsister, s'ils viennent depuis demeurer dans une Coutume qui défend tous avantages entre conjoints, & que l'un des deux meure dans ce nouveau domicile?

Toute la difficulté ne tombe que sur les meubles, & consiste à savoir si pour décider de la validité de cette disposition, il faut se fixer à la Loi du domicile, au temps de la disposition, ou à la Loi du domicile, au temps du décès du conjoint prémourant.

En effet, la défense portée par la Loi du nouveau domicile, dont parle Rodenburgh, n'est pas la suite de l'état & de la condition des personnes; c'est une défense bornée & limitée entre les conjoints seulement: car par la maniere dont notre Auteur présente la question, il présuppose que le changement de domicile ne fait pas perdre aux conjoints leur capacité d'état & de condition. Il convient que nonobstant le changement de domicile, ils sont toujours capables de disposer à cause de mort: car, outre qu'il le dit expressément par la suite, il convient encore que ces conjoints peuvent même se léguer leurs immeubles, si la Loi de la situation les autorise à cet égard; ce qu'il n'auroit pas pu dire, si dans les conjoints il y avoit une incapacité absolue d'état & de condition.

Les conjoints, dont parle notre Auteur, ne sont donc, par le changement de domicile, incapables que d'une incapacité pure réelle, & même cette incapacité n'a de rapport qu'aux meubles seulement & autres effets qui suivent le domicile: car pour les immeubles, le changement de domicile n'y fait rien; ils sont réglés par la Loi de la situation, parce qu'à cet égard, leur assiette est immuable & perpétuelle; mais quant aux meubles, ils changent de Loi, à mesure que la personne change de domicile.

Il ne faut pas même oublier que notre Auteur fait régir les

meubles par la Loi du domicile, non pas comme Loi perſonnelle, mais comme Loi réelle, donnant aux meubles une aſſiette & une ſorte de ſituation dans le lieu du domicile.

Ainſi c'eſt toujours une Loi réelle qui regle également les meubles & les immeubles; c'eſt-à-dire, que c'eſt la Loi de la ſituation des uns & des autres; mais cette Loi eſt immuable pour les immeubles, & muable pour les meubles; en ſorte que par rapport aux meubles, ſi vous vous fixez à la Loi du domicile, au jour de la diſpoſition, les conjoints pouvoient faire cette diſpoſition. Si vous vous fixez à la Loi, au temps du décès, ils ne le pouvoient plus.

Notre Auteur demande donc ſi des conjoints, au jour de leur teſtament, étant domiciliés dans une Coutume où ils pouvoient ſe léguer leurs meubles, venoient à changer de domicile, & à demeurer dans une Coutume qui le leur défend, la diſpoſition teſtamentaire que les conjoints ſe ſeroient faite précédemment, ſubſiſteroit depuis ce changement de domicile, & il répond pour la négative, par ce principe, qu'il ne ſuffit pas aux conjoints que la Loi leur permette de ſe léguer certains effets au jour de leur teſtament; il faut encore qu'au moment du décès, ces effets ſoient ſitués en Coutumes qui accordent la même permiſſion aux conjoints.

Il tombe, à cette occaſion, ſur une queſtion incidente, qui eſt de ſavoir ſi un teſtament revêtu de ſes formes au jour qu'il a été fait, devient nul par défaut d'une nouvelle formalité depuis admiſe & preſcrite, & il décide pour la validité du teſtament, parce que le teſtateur ayant rempli la forme que la Loi preſcrivoit pour lors, une nouvelle Loi qui introduit une nouvelle forme, ne ſauroit annuller un acte parfait dans ſa forme, à moins qu'elle ne le diſe expreſſément, ainſi que nous l'avons déja remarqué en l'*Obſervation* 34.

Il agite encore l'eſpece d'un mineur qui eſt ſous la curatelle d'un particulier. Ce mineur, par la diſpoſition de la Loi qui le régit, ne pouvoit léguer à ſon curateur, aucun de ſes immeubles; il fait néanmoins un teſtament, & inſtitue ce curateur ſon héritier, & décede depuis en majorité; la curatelle étant par conſéquent ceſſée, notre Auteur demande ſi ce teſtament pouvoit ſubſiſter, & il dit qu'on décida pour la négative, par la raiſon qu'il ne ſuffit pas d'être

capable de recevoir au jour du décès du testateur, il faut l'être encore au jour du testament.

Dans la premiere question de notre Auteur, le testateur & le légataire peuvent, au jour du testament, disposer au profit l'un de l'autre, des biens situés sous la Loi de leur domicile, & la défense ne survient que par un changement de domicile.

Dans la seconde, il ne survient aucune défense, ni pour le testateur, ni pour le légataire; mais il survient une nouvelle formalité.

Enfin, dans la troisieme, c'est un mineur sous l'autorité d'un curateur, au jour de son testament, à qui la Loi, à raison de sa dépendance, défend de rien donner à ce curateur, & au curateur de rien recevoir de son mineur; mais au jour du décès de l'un deux, le testateur est pleinement majeur, & la curatelle a cessé.

De ces trois questions, nous n'examinerons présentement que la premiere & la troisieme; & quant à la seconde, voyez *l'Observation* 34.

Mais auparavant que de les traiter, il faut mettre quelques principes du Droit Romain sous les yeux.

Il est de principe chez les Romains, qu'on considere deux temps pour décider de la capacité du testateur, le temps du testament, & le temps du décès du testateur, *cùm facit testamentum, & cùm moritur;* & il faut qu'il soit capable dans l'un & l'autre temps, *& utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, L.* 1, §. 8, *ff. de bonor. possess. secundùm tabul.*

Parlons d'abord du premier temps, qui est celui où l'on fait le testament. Il est certain que si une personne n'est pas capable par défaut d'âge, par exemple, ou si ayant l'âge, sa capacité est liée, ou arrêtée au jour de son testament, parce qu'il est furieux, sans bons intervalles, qu'il est imbécille, & à raison de ce, interdit, & que néanmoins il teste: si, par la suite, il devient majeur, ou que sa capacité, qui étoit liée, lui soit rendue, son testament n'en est pas moins nul. C'est la disposition précise de la Loi 19, *qui testamentum fac. poss. quia nullæ sunt tabulæ testamenti quas is fecit qui testamenti faciendi facultatem non habuerit, licet filiusfamil. sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit;* & c'est encore la disposition de la Loi 29, *ff. de reg. jur.* Voyez Ricard, du Don mut. *n.* 334.

On peut remarquer, à cette occaſion, qu'il y a quelques Loix dans le Digeſte qui, en parlant du fils de famille & du furieux, emploient ces expreſſions, *teſtamenti factionem habere videntur*, *L. filiusfamil. ib. in princip. & §. 1°. qui teſtam. facere poſſint*; mais il faut entendre ces Loix, non pas de la capacité de faire un teſtament, mais de celle de recevoir par teſtament, *non de factione activa, ſed de factione paſſiva*: ces Loix le diſent elles-mêmes, *ſibi aut alteri ex teſtamento acquirere poſſunt.*

Par le même principe, le teſtament de celui qui eſt mort civilement au jour qu'il teſte, n'eſt pas valable, encore que depuis il ſoit réhabilité par Lettres du Prince, *L. 8, ff. qui teſt. facere poſſunt.*

C'eſt encore un autre principe que, ſi le teſtament eſt vicieux par le défaut de forme, il ne ſauroit, par l'événement, jamais ſubſiſter. *Tunc enim non eſt jure factum teſtamentum ubi ſolemnia juris defuerunt, L. 1, ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* de même encore s'il lui manque quelque choſe de ſa ſubſtance conſtitutive : par exemple, ſi le pere a prétérit le fils qu'il avoit en ſa puiſſance, *dict. L. 1.*

Dans tous ces cas, c'eſt le moment du teſtament qu'il faut conſidérer. Voyez cependant l'Ordonnance des teſtaments de 1735, *art.* 53, qui, pour le cas de la prétérition, y a apporté quelque changement.

Le principe de cette déciſion, chez les Romains, eſt fondé ſur la Loi 29, ff. *de reg. jur. quod ab initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere.*

Cette regle, dans ſa généralité, eſt, dans l'application, aſſez ſouvent vicieuſe; M. Cujas, *lib.* 11, *reſp. Papin. ad L. 1am. de pignor.* en parle dans les termes ſuivants, *ut faceſſat deinceps ejuſmodi regula cujus adeo frequens objectio eſt, ſtatuendum eam eſſe regulam ſummi juris..... unde objicienti eam regulam, duorum alterutrum contra objici poteſt. 1um. vitiari regulam ſi ſit lex ſpecialis quæ ſtatuat convaleſcere quod initio vitioſum fuit ut ecce donatio inter virum & uxorem..... vel etiam in pleriſque cauſis licet reſpondere, quod initio vitioſum eſt, ex poſtfacto non convaleſcit; directo non convaleſcit, fateor, ſed convaleſcit ex cauſa, æquitate ſuadente, prætore dante non directam quidem actionem cui obſtat rigor juris, ſed utilem actionem cujus parens eſt æquitas.*

Henrys, *tom. 2, pag.* 337 *de l'édition de*..... en parlant de

cette Loi, dit qu'elle est vraie, & que le temps seul ne fait pas valoir un acte vicieux, *bene solo tractu temporis nisi duo concurrant, vitii scil. cessatio & novissimus actus.* Mais cette regle paroît avoir une application entiere dans le cas des testaments, *omnia quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventûs capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.*

Cette Loi applique aux testaments ce que la Loi 29 applique à tous les actes en général; c'est le commencement, c'est-à-dire, le temps auquel se fait le testament qu'il faut considérer : l'événement dépend du commencement, *status eventus pendet à statu causæ primæ,* dit Godefroy dans son Traité, *de Reg. Jur.*

Mais la Loi 210 du même titre a quelque chose encore de plus précis. *Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.*

Mais cette regle, *quod ab initio vitiosum est,* &c. qui, selon M. Cujas, *ad Resp. Papin. lib.* 11, *in L. primam, de Pignor.* est une regle de rigueur, a néanmoins ses exceptions, & peut être tempérée, *æquitate suadente;* d'autres y donnent encore d'autres explications. Voyez Henrys, *tom.* 2, *pag.* 337 *de l'anc. édit.* mais elle a incontestablement lieu en fait de testament.

Voilà pour ce qui regarde le premier temps, qui est celui de la confection du testament.

Voyons présentement ce que disent les Loix à l'égard du deuxieme temps, qui est celui du décès du testateur.

Il est certain qu'un testament valable dans son principe, peut par la suite être infirmé, à cause d'un événement qui survient au testateur, & qui lui ôte la capacité de tester : la raison en est qu'avant l'événement survenu, *testamentum nec erat perfectum, nec consummatum;* c'est ce qui est porté aux *instit. quib. mod. testament. infirmantur.... alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cùm is qui fecit testamentum, capite diminutus sit :* & la Loi *qui ex liberis ff. de bon. poss. sec. tabul.* applique la maxime au cas particulier de celui qui depuis son testament s'est donné en adrogation; son testament est nul, si ce n'est qu'étant devenu *sui Juris,* il l'eût confirmé, *testamento facto Titius adrogandum se præbuit, ac postea sui Juris effectus vitâ decessit : scriptus hæres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur.... plane si sui Juris effectus, codicillis, aut aliis litteris eodem testamento se mori velle decla-*

raverit, voluntas quæ defuerat, judicio recenti rediſſe intelligetur; c'eſt encore ce qui eſt porté en la Loi, *conficiantur* §. *ſi poſtfactum ff. de jure cod.*

Il y avoit en Droit trois ſortes de changements d'état. Le premier, lorſque la perſonne perdoit tout à la fois le Droit de Citoyen Romain, & ſon état d'homme libre; ce qui emportoit la perte des droits de famille : par exemple, lorſqu'il étoit condamné à mort civile ou naturelle, ou lorſqu'il ſe rendoit eſclave. Le ſecond, lorſque la perſonne conſervoit ſa liberté, mais perdoit les droits de cité, comme, par exemple, celui qui étoit déporté, ou banni dans une Iſle. Enfin le troiſieme, lorſque la perſonne libre d'ailleurs, & jouiſſant des droits de cité, mais ſoumis & dépendant d'autrui, ceſſoit d'être dans cette dépendance, ou lorſqu'étant indépendant, il devenoit ſujet & ſoumis à l'autorité d'autrui, par exemple, lorſqu'étant pere de famille, il ſe donnoit en adrogation, ou qu'étant fils de famille, il étoit émancipé.

Dans tous ces cas *irritum fiebat teſtamentum, quia ejus tantum qui, quo tempore moritur, liber eſt, civis, & paterfamilias, teſtamentum valet.*

Mais ſi le teſtateur, depuis ſon teſtament, perdoit ſimplement l'exercice de la faculté de teſter, ſans changer d'état, ſon teſtament ſubſiſtoit : c'eſt ainſi que le teſtament de celui qui devenoit furieux, ou qui étoit depuis interdit pour imbécillité ſurvenue, ne laiſſoit pas de ſubſiſter, parce que la fureur non plus que l'interdiction ne faiſoient perdre, *neque civitatem, neque libertatem, neque familiam.*

Ainſi quoique le furieux, l'interdit, l'imbécille ne puiſſent pas faire de teſtament, ils peuvent pourtant, en vertu d'un teſtament qui précede la fureur, l'imbécillité & l'interdiction, avoir des héritiers & des légataires.

Dans quelle claſſe mettrons-nous ceux qui s'engagent dans l'état monaſtique? Ils perdent parmi nous, *libertatem, & familiam : libertatem,* puiſqu'ils font vœu d'une obéiſſance, d'une ſoumiſſion & d'une dépendance entiere & perpétuelle : *familiam,* puiſque du moment de leur profeſſion, ils ſont préſumés morts, & ne peuvent plus être héritiers d'aucuns de leurs parents, & réciproquement leurs parents ne peuvent plus être leurs héritiers des biens qu'ils peuvent acquérir par la ſuite, ſous une exception néanmoins, qui eſt lorſque, de ſimples Re-

ligieux, ils sont sacrés Evêques : car pour lors on leur succede, mais ils ne succedent pas. Enfin les successions des Religieux sont ouvertes à l'instant de leurs professions, comme elles le seroient à l'instant de leurs morts naturelles : ainsi en suivant les décisions du Droit Romain qui infirme le testament de celui qui perd sa liberté & les droits de famille, il faudroit dire que le testament de celui qui depuis se fait Religieux, est sans force, ni vertu.

Si nous consultons ce qui se pratiquoit avant Justinien, & même pendant les premieres années de son regne jusqu'en 537, les Religieux ne souffroient aucun changement dans leur état. *Monachismus non erat votum præcise ligans & obligans, sed modus vivendi, causâ disciplinæ spiritualis, orationis & Doctrinæ*, & dans ces temps les Religieux conservoient la propriété de leurs biens, dont ils pouvoient disposer même par testament; cela avoit même encore lieu parmi nous dans le neuvieme siecle. Voyez la Préface historique, pour servir à l'Histoire Ecclésiastique & Civile de Bretagne.

Il y a eu plusieurs changements par le Droit du Code & des Novelles; mais dans nos mœurs actuelles le Religieux meurt civilement & perd son état; cependant son testament fait antérieurement subsiste, *& per ingressionem statim confirmatur:* d'où vient cela?

Je remarque que nos Auteurs praticiens font communément à cette occasion plusieurs distinctions : ils distinguent d'abord entre l'incapacité qui survient dans le testateur sans son fait, & celle qui survient par son fait.

Quand l'incapacité survient par le fait du testateur, ils subdivisent ce premier cas : ou ce fait est accompagné de délit, comme s'il est condamné à mort naturelle, ou à quelques peines emportant mort civile : le testament, quoique valable dans son principe, est annullé, & ne sauroit avoir aucun effet; c'est la disposition du §. 4, *Institut.* ci-dessus allégué. Me Ch. du Molin met cependant une exception pour les Pays où il n'y a pas de confiscation : car dans ce cas il prétend que le testament subsiste : il est vrai, selon lui, que le condamné ne peut pas tester de nouveau, qu'il ne peut pas même révoquer le testament qu'il a fait; mais ce testament subsiste nonobstant la condamnation à mort civile.

Que

Que ſi le fait du teſtateur qui donne lieu à ſon changement d'état, n'a rien de criminel en ſoi ; par exemple, ſi le teſtateur ſe fait Religieux, dans ce cas ſa mort civile qui ſurvient depuis, & qui a une cauſe pieuſe & honnête, eſt comparée à la mort naturelle, & le teſtament de cet homme fait Religieux depuis ſon teſtament, *ſtatim confirmatur*, pourvu que la date en ſoit certaine ; c'eſt la diſpoſition de l'Ordonnance de 1735, *art.* 21. Il en eſt de même de celui qui devient furieux, comme nous venons de le dire, parce que la fureur qui ſurvient n'eſt pas du fait du teſtateur, encore moins ce fait eſt-il accompagné de délit.

Que l'on n'oppoſe pas qu'il eſt de principe qu'un acte s'éteint de droit, lorſqu'il ſurvient après coup une circonſtance qui auroit empêché que l'acte n'eût été valablement fait, ſuivant la Loi 140, *ff. de verbor. obligat.* car cette Loi ne renferme pas un principe général & univerſel : la Loi le dit elle-même, *non tamen hoc in omnibus verum eſt*, & Me Ch. du Molin en ſon Labyrinthe, *ſexdecim Legum*, *n.* 155, nous aſſure que cette Loi ne peut réguliérement paſſer pour un principe de Droit. *Nunc ex prædictis apparet quomodo ſane intelligendum ſit quod vulgo paſſim traditur, corrumpi, vel extingui ſtipulationem ab initio recte conſiſtentem, ſi ad eum caſum reciderit à quo incipere, vel conſiſtere non poterat, ut in lege, pro parte, de ſervitutibus, L. exiſtimo in fine, L. pluribus, §. & ſi placeat, de verbor. obligat. non enim debet intelligi quod ſit regula Juris, habens vim Juris, ſaltem regulariter, ut omnes fere putaverunt: nunquam enim hujuſmodi dictum, hâc intentione legibus inſertum fuit, patet in dicta. L. exiſtimo, ubi non recitatur pro regula, nec pro ſententia approbata, ſed pro quorumdam opinione, quæ illic per tria exempla reprobatur, hactenus ſcilicet ut non poſſit ad deciſionem Juris induci, ut in dict. §. & ſi placeat : non eſt ergo Lex, nec regula Juris per ſe, licet quandoque illud dictum ſit inſertum certæ deciſioni Legis, ſecundùm quam neceſſariò debet intelligi, nec ad aliud extendi.* Voyez ſur cette regle Cujas, *ad L.* 2, *ff. de verbor. oblig.* qui dit expreſſément, *non eſſe perpetuo verum ea quæ ab initio conſtiterunt, poſtea evaneſcere, ſi in eum caſum recidant à quo non potuiſſent incipere ;* ce qu'il montre par quatre exemples différents.

L'événement poſtérieur qui ſurvient, ne détruit donc pas tou-

jours l'acte qui a été fait antérieurement. Everard en étoit bien convaincu, lorsqu'il donna le Conseil 70, dans l'espece suivante.

Un batard avoit fait son testament dans un temps & dans un lieu où cela étoit permis à tous batards; par la suite il étoit intervenu une Ordonnance qui l'avoit défendu à ces sortes de personnes; il fut question de la validité du testament fait avant ces défenses, & Everard répond que le testament est bon, & que *sufficit quod condens testamentum, sit tempore quo condidit ad testandum habilis, & idoneus, & non requiritur quod apud eum sit, tempore decessûs, ejusdem testamenti factio;* & à cette occasion il distingue les changements qui peuvent survenir dans le testateur, *suo facto, aut delicto*, auquel cas, *testator devenit ad hoc quod non habet testamenti factionem, secus autem, si non suo facto, aut delicto; tunc enim sufficit quod habeat testamenti factionem tempore conditi testamenti; itaque si post testamentum conditum deveniat ad tempus quo non habeat testamenti factionem, testamentum non invalidatur.*

Il est à remarquer que dans ce Conseil d'Everard, il n'étoit pas question d'une formalité nouvellement prescrite par l'Ordonance, mais d'une incapacité prononcée depuis le testament, contre le testateur; en sorte que de capable qu'il étoit au jour de son testament, il se trouvoit, au jour de son décès, incapable d'une incapacité d'état. Les choses étoient tombées dans le cas où le testament n'auroit pas pu être fait. Il sembloit donc nécessaire d'y appliquer la disposition des Loix qui ne donnoient force & autorité qu'aux testaments de ceux qui étoient capables de tester, *utroque tempore.* Cependant la décision d'Everard est au contraire, & elle ne peut être fondée que sur cette distinction commune de nos Auteurs, *an à facto, an sine facto, an à facto laudabili, an à delicto.*

Mais quoique cette distinction paroisse être celle de quantité de nos Auteurs, je remarquerai que Me Ch. du Molin, *in Dinum reg.* 1, *n.* 26, la regarde comme fausse & inepte, *inepta & falsa distinctio;* & comme cet endroit de Me Ch. du Molin est remarquable, je vais vous le mettre sous les yeux. *Hæc distinctio plausibilis est, & communiter approbata, sed falsa est; patet, quia non solum manet testamentum, si testator postea fiat inhabilis facto suo laudabili secundùm istos, ut dixi, authent. si quæ mulier, Cod. de sacrosancti Eccles. sed*

etiam facto ſuo culpabili, ut ob vitium prodigalitatis, L. is cui Lege. D. de teſtam. & ſic rejecta inepta, & falſa diſtinctione, vera methodus eſt facere regulam, & fallentiam, & regula ſit affirmativa per reg. L. in ambig. §. non eſt no. dict. Cod. L. factum legitime, infra eodem, & per textum in individuo, in L. 1, §. ſi quis autem de bon. poſſ. ſecundùm tabulas : fallit quando unà cùm ſupervenienti inhabilitate, bona ad alterius diſpoſitionem, vel dominium devolvuntur: ut hic in eo qui ſedat in adrogationem, vel patitur ſententiam ex qua bona confiſcantur, & ita debet intelligi & reſtringi Lex, ſi quis filio, §. irritum, verſ. ſed & ſi quis, de injuſto rupto teſtamento, ut tunc procedat, quando ſimul bona amittuntur, & probatur in L. ejus qui §. 1, & in fin. de teſtam. ſecus ergò ſi bona non publicantur, ut novè dixi in authent. ſi quæ mulier, in fin. Cod. de Sacroſanctis Eccleſiis, in lectura mea Tubingenſi, anno 1554, & ita practicatur Galliæ in locis, ubi non eſt confiſcatio, ut teſtamenta ante ſententiam mortis facta maneant, etiam in crimine læſæ Majeſtatis, ut in Britannia.

Après avoir expoſé les principes du Droit Romain, en ce qui regarde les teſtateurs, examinons préſentement ceux qui concernent les légataires & les changements qui peuvent ſurvenir en leur perſonne.

Le principe du Droit Romain eſt, que *legari illis ſolum poteſt cum quibus teſtamenti factio eſt. Inſt. de legat. n.* 24: la Loi ne dit pas, *qui teſtamenti factionem habent*, mais, *cum quibus teſtamenti factio eſt.* Ce qui comprend non-ſeulement ceux qui pouvant faire un teſtament, peuvent par conſéquent recevoir par teſtament; mais auſſi ceux qui ne pouvant pas faire de teſtament, peuvent néanmoins recevoir par teſtament, parce que *cum iis omnibus teſtamenti factio eſt.*

Delà il ſuit, 1°. que le furieux, ſoit au jour du teſtament, ſoit au jour du décès du teſtateur, l'imbécille, l'interdit pour prodigalité, qui ne peuvent pas faire de teſtament valable, peuvent néanmoins recevoir par teſtament, ces défauts ne formant point d'indignité dans leurs perſonnes. *Inſtit. de hæred. qualitat. & differentia*, §. 4.

Il en eſt de même du mineur qui n'a pas atteint un certain âge; il ne peut pas teſter, mais il peut recevoir par teſtament.

A l'égard de celui qui eſt mort civilement à cauſe de ſon délit, le legs eſt caduc, ſoit qu'il ſoit mort civilement avant, ou

depuis le testament, *L. 9, de his quibus ut indig.* §. 24 *instit. de legatis*, si ce n'est qu'il soit légataire de simples aliments dont le mort civilement est capable, *L. 3, de his quæ pro non scriptis habent, & L. is cui, ff. de aliment. & cibariis legatis.*

La condition d'un légataire qui, depuis le legs à lui fait, & avant la mort du testateur, s'est rendu Religieux dans un Monastere, est assimilée à celle d'un homme mort naturellement; & comme c'est principalement le moment du décès du testateur qu'il faut considérer en cette occasion, ce moment étant celui où le droit commence à être acquis au légataire, il est nécessaire que ce legs fait à un homme réputé mort, soit caduc, & je ne croirois pas, dans ce cas, que le legs, fût-il modique, fût-il de simples aliments, pût subsister en tout, ou partie; parce que la Profession en Religion assure au légataire tous ses besoins naturels, & que l'on ne peut pas présumer que le testateur ait conservé l'intention de lui léguer des aliments qui lui sont devenus certains. Il en seroit autrement, selon moi, si le testateur avoit légué depuis la Profession : car pour lors sa volonté est certaine, & le Religieux peut recevoir par legs, dequoi se procurer quelque petit soulagement.

Il y a sur cette matiere une derniere réflexion à faire, qui est que, selon le droit du prêteur, l'incapacité, soit active, soit passive intermédiaire entre le testament & le décès du testateur, ne nuit jamais; en sorte que, soit que le testateur devienne incapable depuis son testament, soit que ce soit l'héritier, ou le légataire, de quelque incapacité que ce puisse être, si au jour du décès du testateur, celui-ci est rendu capable de tester, & l'autre capable de recevoir, le testament doit avoir son exécution pleine & entiere, *L. 6, solemus, L. 59,* §. *si hæres, L. 104, ff. de condit. & demonstrat.*

Enfin, je finirai l'examen de tous ces principes par les regles que prescrit Barthole, *ad C. non intelligitur,* §. *quando autem, ff. de jure fisci.*

Si quis tempore conditi testamenti, & pariter mortis testatoris tempore sit non capax, relictum non valet.

Si utroque tempore testamenti & mortis capax, reperitur, legatum valet.

Si tempore fideicommissi relicti erat capax, non autem mortis tempore, & isto casu fideicommissum non est validum.

Aut tempore quo fideicommissum seu legatum relinquitur, non

erat capax, mortis autem tempore ſit, & tunc relictum valet, ſufficit enim legatarium capacem eſſe tempore mortis.

Après l'expoſition de ces principes, paſſons à l'examen des queſtions de notre Auteur.

PREMIERE QUESTION.

Il demande ſi des conjoints domiciliés dans une Coutume qui leur permet de laiſſer au ſurvivant les biens de leur ſucceſſion, viennent demeurer dans une Coutume qui défend tous avantages entre conjoints, cette libéralité ſubſiſtera.

Il ne s'agit, comme l'on voit dans cette queſtion, que d'une diſpoſition à cauſe de mort. Or pour la déciſion de cette queſtion, il faut ſe reſſouvenir que notre Auteur préſuppoſe dans les conjoints une capacité de faire un teſtament, avant, comme après le changement de domicile; en ſorte que la prohibition de la Loi du nouveau domicile ne leur fait pas perdre cette capacité : elle n'eſt qu'une prohibition particuliere & purement relative aux biens.

Cela eſt ſi vrai, ſelon Rodenburgh, comme nous l'avons obſervé ci-devant, que, 1°. les conjoints, dont il parle, peuvent diſpoſer au profit de tous autres, & ils peuvent pareillement recevoir. 2°. Ils peuvent même diſpoſer au profit les uns des autres, des biens qu'ils ont, ſitués dans les Coutumes qui le permettent.

Or, la queſtion réduite dans ces termes, il eſt facile de s'appercevoir que les principes que nous venons d'expoſer du Droit Romain, ne trouvent pas ici d'application. Les Loix parlent d'une incapacité d'état & perſonnelle, & ici il n'eſt queſtion que d'une incapacité particuliere & locale qui ne dépend que de la ſituation des biens, en ſorte que l'obſtacle eſt plus dans la choſe, que dans la perſonne.

Cela préſuppoſé, dès que la validité de la diſpoſition dépend de la ſituation des biens, il n'eſt pas douteux que c'eſt cette Loi qu'il faut conſidérer, au moment que la diſpoſition doit avoir force & doit ſortir ſon effet.

C'eſt pourquoi s'il s'agit de donations entre vifs, nous avons dit ci-devant, que comme elles emportent une expropriation actuelle, que le donateur ne peut reſter en poſſeſſion, qu'à titre de précaire, & au nom du donataire, & que cela ne reçoit

d'exception que dans les contrats de mariage, où la maxime, *donner & retenir ne vaut*, n'a pas lieu, la capacité ſe prend du moment de la donation, *incipitur à primo tempore.*

Il en faut excepter certaines donations qui, quoique entre vifs, ſont prohibées à raiſon d'une qualité qui peut ſurvenir au donataire, comme celle d'héritier préſomptif du donateur : car cette qualité ne s'enviſage qu'au moment du décès du donateur. C'eſt ce qui a fait dire à M. le Brun, en ſon Traité des Succeſſions, *tit. des Réſerves Coutumieres, n.* 3, que la prohibition faite par l'Article 337 de la Coutume d'Anjou, de donner à ſon héritier, doit ſe rapporter au temps de la mort, avant lequel il n'y a pas d'héritier.

Voici l'eſpece qui a été jugée dans la Coutume de Normandie, à cette occaſion : elle eſt propoſée par Baſnage, *art.* 431.

Cette Coutume eſt du nombre de celles où l'on ne peut pas donner à ſon héritier préſomptif : Baſnage préſuppoſe qu'au temps de la donation, le donataire étoit l'héritier préſomptif du donateur ; mais au temps de ſon décès il s'en trouvoit exclus par un plus proche : on pourroit, dit-il, révoquer en doute, ſi cette donation, qui étoit nulle dans ſon origine, pouvoit devenir bonne dans la ſuite, *nam quod ab initio non valuit, &c.*

J'eſtime néanmoins, continue Baſnage, que comme on n'eſt pas recevable à débattre la validité d'une donation, durant la vie du donateur, il ſuffit qu'au temps de ſa mort, la choſe ſoit venue à un point où elle puiſſe ſubſiſter. *Res ad eum caſum pervenerit à quo incipere potuerit.*

Si au contraire la donation avoit été faite à l'héritier de l'héritier, & qu'au temps de la mort du donateur, le donataire ſe trouvât héritier immédiat, la donation deviendroit nulle. Ce fut une des principales déciſions de l'Arrêt rendu entre la veuve & les héritiers de Me Nicolas Lecerf, Procureur en la Cour, & Lecerf un de ſes neveux.

Nicolas Lecerf voyant que ſon frere étoit mauvais ménager, & que ce frere le ſurvivant, ſeroit ſon héritier, il tâcha d'aſſurer le bien à ſon neveu, par des donations ; mais ce frere étant mort avant lui, le neveu ſe trouvant héritier de ſon oncle, avec les ſœurs du défunt, on jugea que la donation ne pouvoit plus ſubſiſter.

Suivant cette déciſion, c'eſt le moment du décès qui dé-

termine la qualité d'héritier préſomptif; en ſorte que quand la Coutume défend de donner à ſon héritier préſomptif, elle entend parler de celui, non pas qui au jour de la donation, ſeroit tel, mais de celui qui le ſera réellement au jour du décès du donateur. Ainſi, dans ce cas, la capacité de recevoir ſe réfere au moment du décès, *& incipitur ab ultimo tempore, ſcilicet mortis naturalis*, & c'eſt une exception aux principes des donations entre vifs.

Mais s'il s'agit de diſpoſitions teſtamentaires, comme il n'y a rien d'acquis, ni de certain au moment même du teſtament, parce que tout teſtament, ou diſpoſition à cauſe de mort, ne commence à avoir force & autorité que du jour du décès; l'Eſprit ſaint nous l'enſeigne lui-même, *ubi enim teſtamentum eſt, mors neceſſe eſt intercedat teſtatoris : teſtamentum enim in mortuis confirmatum eſt, alioquin nondum valet dum vivit qui teſtatus eſt, ad Hebreos* 9, *n.* 16; & parce que tout acte de cette nature eſt auparavant, ſans vie & ſans vertu, *omnis diſpoſitio teſtatoris habet vim, & effectum poſt mortem, ita ut vivo nihil operetur, cùm viventis non ſit hæreditas;* & enfin, parce que toutes diſpoſitions teſtamentaires, ou à cauſe de mort, ſont toujours révocables juſqu'au décès, *omnia diſpoſita, ſunt revocabilia;* c'eſt le moment du décès qu'il faut enviſager, quand il n'y a point d'incapacité fonciere & d'état dans le légataire.

Par conſéquent il eſt des regles de décider dans l'eſpece de notre Auteur, que la diſpoſition teſtamentaire, faite par le conjoint à ſon conjoint, quoique valable dans ſon principe, ne pourra être exécutée, ſi la diſpoſition réelle de la Loi qui régit les biens au jour du décès, s'y oppoſe.

Ce changement de domicile ne peut opérer que par rapport aux meubles qui ſuivent la perſonne, & qui changent de Loi à meſure que la perſonne change de domicile : car par rapport aux immeubles, s'ils ſont toujours les mêmes, le changement de domicile ne change pas la déciſion, en ce qui les regarde. Il ne faut pas en effet oublier que nous ſuppoſons ici que les conjoints, dont nous parlons, ont nonobſtant leur changement de domicile, conſervé toujours *jus teſtandi*, & que ce n'eſt que par une diſpoſition pure réelle qu'ils en ſont empêchés les uns envers les autres.

Peckius, *de teſtamentis conjugum, ch.* 37, *liv.* 4, agite préciſément notre queſtion. Il demande ſi un mari ayant légué à

sa femme dans le temps qu'il étoit domicilié dans une Coutume qui le lui permettoit, cette disposition subsistera, s'il vient demeurer dans une Coutume qui le lui défend : il examine cette question par rapport aux meubles & aux immeubles légués. Quant aux immeubles, il dit qu'étant situés dans le premier domicile, il ne peut y avoir de difficulté, parce que la Loi du nouveau domicile ne peut pas faire Loi à des biens situés hors de son territoire, & je souscris volontiers à cette décision ; mais par rapport aux meubles, il prétend que la disposition subsistera, nonobstant la prohibition de la Loi du nouveau domicile. *Ideo quod hoc testamentum factum fuit ab initio legitime in ea civitate in qua testator secundùm jus commune potuit uxori legare, tum etiam quod utile initium in testamentis spectatur. L. non omne, §. ulti. ff. de reg. jur. quod factum legitime non retractatur, etiamsi casus eveniat à quo incipere non posset, L. in Ambiguis, §. novum, ff. laud. titu.* & voilà ce que je ne saurois approuver.

En effet, cette derniere décision me paroît combattre les principes généraux qui veulent que la Loi de la situation régisse les biens. Or, au jour du décès, qui est le moment où le testament prend son exécution, les meubles sont situés en Coutumes prohibitives, donc le legs en question des meubles ne sauroit jamais subsister.

Ainsi si je souscris à la premiere décision de Peckius, par rapport aux immeubles, c'est que le changement de domicile n'ôte pas aux conjoints *jus testandi*, & ne met dans leur personne qu'une incapacité réelle & dépendante de la situation des biens ; mais c'est précisément cette incapacité réelle & dépendante de la situation des biens, qui me détermine contre la seconde décision de Peckius à l'égard des meubles, puisque étant régis au jour du décès par une Loi prohibitive, cette prohibition doit avoir son exécution.

Mais que dirons-nous dans le cas du don mutuel entre conjoints ? Car si ces sortes d'actes ne donnent aux conjoints aucun bien actuel, si les conjoints n'ont qu'une simple espérance & ne sont saisis de rien, néanmoins la disposition en elle-même emporte un engagement actuel, *adest vinculum*, en ce que l'un ne sauroit révoquer sans l'autre, & aucun d'eux ne peut en fraude empêcher que le don mutuel ait son exécution au profit du survivant.

Mais

Mais à cela on répond que les dons mutuels d'entre conjoints, tiennent plus de la nature des dispositions testamentaires, que des dispositions entre-vifs : il n'y a pas d'expropriation actuelle; les donateurs non-seulement restent en propriété & possession de leurs biens; mais encore ils sont les maîtres de les vendre & de les aliéner, *salvâ fraude*; en sorte que les dons mutuels n'ont leur accomplissement qu'au jour du décès du premier mourant, & sur les biens seulement qui se trouvent pour lors, & qui sont susceptibles du don mutuel, encore que non acquis, ni possédés au jour de ce don, suivant l'Arrêt du 28 Mai 1670, rapporté par Bardet, *tom.* 1, *liv.* 3, *chap.* 107; parce qu'effectivement dans ces sortes de dons mutuels, on ne considere que le moment du décès, & cela est incontestable en considérant ces dispositions dans leur exécution; de sorte que si les conjoints au jour du don mutuel ont en général la capacité de donner, capacité d'état & de condition, leur donation emporte une disposition qui, considérée en elle-même, ne peut être révoquée que du consentement des deux parties, & qui est par conséquent valable, *quantum ad vinculum*; mais l'exécution dépend entiérement de la situation au jour du décès: ainsi si depuis le don mutuel, les conjoints ont changé de domicile, & sont venus demeurer dans une Coutume, où par une prohibition qui n'est que pure réelle, les conjoints ne peuvent pas se faire de don mutuel, j'estime que n'y ayant point de changement dans les immeubles, ce changement de domicile n'agira que sur les meubles, & c'est par rapport à ces meubles qu'il faudra suivre la Loi du dernier domicile.

Je sais que l'on cite, pour l'opinion contraire, l'Arrêt du 16 Mars 1616, qui a jugé qu'une donation mutuelle faite par défunt M. Loysel, Président en la Cour des Aides, & la Dame son épouse pendant qu'ils étoient domiciliés en la Coutume de Senlis, auroit son exécution tant pour ceux situés sous ladite Coutume, que pour ceux qui étoient sous la Coutume de Paris, pour jouir par le mari survivant du tout en propriété, conformément à la Coutume de Senlis; encore que depuis le don mutuel ils fussent venus à Paris où ils étoient demeurants au jour du décès de ladite dame Loysel: mais si cet Arrêt n'a pas d'autres circonstances, je le regarde comme un Arrêt solitaire, qui ne peut fixer une Jurisprudence.

De ce que dessus il suit que si des conjoints qui ont capacité de se léguer, ou se donner par disposition à cause de mort, avoient des fonds situés, partie en Coutumes permissives, partie en Coutumes prohibitives, le legs ou le don vaudroit pour les biens situés dans les premieres Coutumes, & ne vaudroit pas pour ceux situés dans les autres. *Quid si municipum lege, non urbis, universa bona testamento, aut contractu, vel extraneo, vel uxori dare liceat; num hujusmodi actus in urbe omnino valebit, vel omnino inutilis erit, an potius partim valebit, partim corruet?... placet ultima sententia, ut saltem alteruter actus valeat quo loci valere poterit.* Godefroy, *L.* 20, *ff. de Jurisd.* & si aucunes de nos Coutumes permettoient de se donner en propriété, & les autres en usufruit seulement, & que les conjoints se fussent donné en propriété, il faudroit réduire la donation aux termes de la Loi de la situation. Carondas en ses réponf. *lib.* 13, *R.* 86 *&* 101.

Mais si les conjoints s'étoient donné leurs biens, sans parler, ni d'usufruit, ni de propriété, ni d'aucune Coutume, Carondas dit qu'il a été jugé, en interprétant la volonté, qu'elle devoit se référer à la Loi du domicile, *R.* 64; j'aurois peine à souscrire à cette décision: les parties sont présumées s'être conformées aux Loix de la situation.

Passons à une autre question. Je suppose des conjoints domiciliés en Coutumes permissives, & qui ont des biens situés en Coutumes prohibitives: *vice versâ* ils sont domiciliés en Coutumes prohibitives de s'avantager, & ont des fonds situés en Coutumes permissives: ils les vendent, & s'en leguent le prix; Je n'hésiterois pas sur ces questions, de décider en faveur de la Loi du domicile, au jour du décès, comme Loi de la situation, parce que le principe général est que c'est la Loi de la situation des biens qui donne, ou qui ôte aux héritages l'aptitude à être donnés entre conjoints, & que c'est au moment du décès que le conjoint survivant a droit de faire valoir son legs, ou don sur les biens qui, par la disposition de la Loi de la situation, en sont susceptibles; ce qui s'applique aux meubles, comme aux immeubles, par le principe ci-devant posé, que les meubles sont régis par la Loi du domicile, comme Loi réelle, les meubles ayant une sorte de situation dans le lieu où la personne demeure.

Notre Auteur a agité cette question *in terminis*, dans son

Traité *de Jure conjugum, tit. de conjugum ſemel inter gratificandi poteſtate, n.* 37; & après avoir allégué tout ce que l'on peut dire de plus fort & de plus ſenſé pour la négative, il décide pour le parti contraire, bien entendu néanmoins qu'il n'y ait point de fraude, qui eſt toujours à excepter pour la déciſion de toutes ces queſtions.

Il rapporte l'autorité de Chopin ſur la Coutume d'Anjou, *tit. de donationibus inter conjuges, n.* 14, qui, ſelon Rodenburgh, a ſa véritable application au cas de fraude.

Chopin préſuppoſe un mari & une femme mariés & domiciliés en la Coutume de Chartres.

Dans cette Coutume chacun peut donner entre vifs tous ſes biens; ce qui a lieu même entre futurs conjoints, par contrat de mariage, ſauf la légitime des enfants qui doivent en naître; & à l'égard des conjoints actuels nobles, ou roturiers, ils peuvent ſe donner mutuellement, & en propriété, leurs meubles & conquêts immeubles, n'y ayant point d'enfants. La femme avoit fait donation de ſes acquêts à ſon mari, & ſans doute cette donation étoit par contrat de mariage: car autrement elle auroit été nulle, n'étant pas réciproque.

Cette femme avoit des héritages propres en Anjou, où il eſt dû remploi des propres aliénés ſuivant l'Article 336 de cette Coutume. Le mari, donataire des acquêts, avoit vendu les propres de ſa femme ſitués en Anjou, & en avoit employé le prix en acquiſitions d'héritages ſis à Chartres.

Chopin, ſur cette eſpece, demande ſi au moyen de la donation des acquêts, faite par la femme à ſon mari, il aura les acquiſitions faites à Chartres, du prix des héritages propres d'Anjou, & il répond pour la négative, par cette raiſon, qu'il falloit plutôt conſidérer la foi publique des conjoints, que la ſituation de leurs biens. *Ecquid verò ſi Carnutum municeps qui ab uxore quæſtuum donationem elicuerit, Andegava ipſius patrimonia divendat, ex iiſque recepium pretium collocet in emptionem Carnutenſium fundorum: iſtos ne licite uxorio munere poſſidebit? ita quidem videretur primo obtutu, cum prædiariæ res omnes ſuâ quæque prædiorum lege adminiſtrentur, L. ſi fundus, de evict. atqui in Carnutibus jacent donata latifundia liberi dominii & arbitrii, non apud Andes, quorum alioqui more Andium vir curare cogeretur rem uxoris ſalvam fore & uxoriis agris diſtractis, æque commodos rependere,* §. 366. *Eodem Andium ritu con-*

jux nihil eorum capere ab uxore posset quæ hæreditatibus teneantur, nisi & ille vicissim patrimoniis instructus, munitusque foret: imo nec isto casu emptitia prædia donatione sibi assereret supra trientem, §. 327., Andeg. consuet. credibile est tamen maritum fraudandæ hujusce legis animo uxoria Andium bona distraxisse, ut indè partis aliis, apud Carnutes, latifundiis, libere potiretur uxoriâ liberalitate: quoniam ergò matrimonii honos, & publica fides conjugum intuenda potius quàm rerum conjugalium situs; par est quoque fraudatoris odio negotium ex lege fraudata decidi, non Carnutensis Provinciæ ad quam ille Andegavi fundi pretium, callide, subdoleque traduxerit, ut Jason arbitratur in §. item si quis in fraudem, Instit. de action.

Cette décision est juste dans l'espece de Chopin. Il y avoit un esprit de fraude dans le mari donataire des acquêts de sa femme, & cette fraude résultoit de sa propre démarche. Il avoit vendu postérieurement à la donation portée par contrat de mariage, les propres de sa femme, & en avoit remplacé le prix en héritages sis à Chartres; & soit qu'il ne fût donataire que de ce qui étoit véritablement acquêts au jour de la donation, soit encore qu'il le fût de ceux qui auroient pu appartenir à sa femme par la suite, ce ne pouvoit être que de ceux qui seroient tels sans fraude, & non de ceux qui ne seroient tels qu'aux dépens des propres. Les conjoints sont présumés ne l'avoir pas voulu autrement par leur convention. Cependant il vouloit indirectement profiter des propres de la femme qu'il avoit remplacés en héritages à Chartres. Chopin a donc cru que le mari n'avoit pas pu, par une conversion d'effets, augmenter ses droits en dépouillant sa femme de ses héritages propres qu'elle ne lui avoit pas donnés; que si, en raisonnant toujours sur l'espece de Chopin, la femme, après avoir vendu son propre situé en Coutume prohibitive, & l'avoir remplacé en Coutume permissive, les conjoints s'étoient fait une donation de tous leurs acquêts, je crois que pour lors le propre remplacé dans une Coutume permissive, feroit partie de la donation: le mari ne prendroit rien qu'en vertu d'une donation nouvelle permise par la Loi de la situation, & deux choses ici concourroient; la Loi de la situation & la volonté précise & expresse des conjoints; & je le crois ainsi en conformité des principes généraux que j'ai allégués ci-devant, sauf la suggestion, la violence, la surprise, qui sont toujours à excepter; & c'est de

cette maniere que le décide Rodenburgh, *loc. ſupra cit. Cæterum extra hanc fraudis cauſam recte dixeris maritum capturum donata ſibi prædia Hollandica, licet in eorum emptionem collocaverit pretium ex divenditis prædiis uxoris apud nos ſitis receptum. Cùm maritus libero gaudeat rerum commercio, adeoque extrà fraudem pœnam non mereatur, ſi quid lege permittente fecerit, aut ſi qua in re, jure ſuo fuerit uſus.*

Chopin, dans l'eſpece que nous venons de rapporter, n'a décidé qu'une queſtion particuliere; mais ſur la même Coutume d'Anjou, *de connubiali bonorum ſocietate*, *n.* 4, il paroît avoir décidé en général, & abſtraction faite de toute circonſtance de fraude, que par rapport au prix des propres vendus, il falloit en décider par la Loi même où étoit ſitué le propre vendu. *È diverſo autem prædiarii cùm ſint cujuſque Provinciæ ritus, ac in ea ſitis prædiis jus dictitent, æquitas ſuggerit Lutetiani fundi pretium quem Andegavi conjuges alteri peculiare diſtraxerint, ab illius hærede repoſci, tanquam juſti patrimonii ſuccedaneum pro more Pariſienſi, nec ſocietatis mutuæ bonis permixtum, atque confuſum ex diverſa lege domicilii ipſorum Andegavenſis; quâ duce communes tantum res adminiſtrantur. Molinei ſcholiis ad* §. 254, *Aurelian. conſuet. Alioqui enim conjugum alterutri liberum foret Pariſienſ. ſui hæredii alienatione, bona largiri alteri in fraudem prædiariæ legis conjugalium ut donationum prohibitoriæ, ſic propriorum venditorum remuneratoriæ*, §. 232.

M. René Chopin décide, en cet endroit, pluſieurs choſes; la premiere, que entre conjoints le prix de l'héritage propre ſuccede à l'héritage même, & eſt régi par la Loi de l'héritage; *Lutetiani fundi pretium tanquam juſti patrimonii ſuccedaneum pro more Pariſienſi repoſci.*

La ſeconde, que ce prix n'entre pas dans la communauté de conjoints mariés dans une Coutume qui en exclut le prix des propres, *nec ſocietatis mutuæ bonis permixtum, atque confuſum ex diverſa lege domicilii ipſorum Andegavenſis; quâ duce communes tantum res adminiſtrantur.*

La troiſieme, qu'un conjoint ne peut pas donner à ſon conjoint le prix d'un héritage propre, quand par la Loi de la ſituation de ce propre, il ne peut pas donner le propre même, *alioqui enim conjugum alterutri liberum foret Pariſienſis ſui hæredii alienatione bona largiri alteri in fraudem prædiariæ legis.*

Mais il ne faut pas confondre ces différentes décisions ; la premiere & la troisieme ne passeront pas tout d'une voix.

En effet, comment la Loi de l'héritage peut-elle commander au prix de l'héritage ? Quand le domicile du vendeur n'y est pas, la prohibition de se donner entre conjoints est réelle; mais dès que le vendeur ne possede plus l'héritage, la Loi de l'héritage ne le regarde plus, & la Loi seule de son domicile peut commander aux deniers.

Il est vrai que si la Loi du domicile ne permet aux conjoints de s'avantager que de simples conquêts, ils ne le pourront pas du prix des propres ; mais ce n'est pas *in vim prædiariæ legis*, mais *in vim legis domicilii ;* La Loi de l'héritage est entiérement étrangere aux conjoints. Aussi vient-il d'être rendu un Arrêt qui est bien contraire aux décisions de Chopin.

Nicolas Gambard, Médecin à Montdidier, avoit épousé Madelaine Sonnet.

Il étoit convenu par leur contrat de mariage, qu'arrivant vente de biens apportés & remboursement des rentes, le remploi en seroit fait pour tenir nature de propre aux futurs conjoints & à leurs héritiers de côté & ligne : ils avoient vend uun propre de la femme situé à Montdidier, où par l'Article 111, les conjoints ne peuvent se donner que le tiers des propres censuels, mais où ils peuvent se donner, ainsi qu'étrangers pourroient faire, tous leurs meubles, acquêts & conquêts immeubles.

Madelaine Sonnet avoit fait un legs universel au profit de Gambard son mari ; les neveux de la testatrice prétendoient que le prix du propre ne pouvoit tomber en entier dans le legs universel, mais le tiers seulement, en argumentant par les principes de Chopin. Le prix de l'héritage représentoit l'héritage, & les conjoints n'en pouvoient disposer que d'un tiers. Cependant par Arrêt de la Grand'Chambre, du 29 Décembre 1739, l'on jugea que, nonobstant la clause du mariage qui ne formoit pas un propre de disposition, le prix du propre vendu tomboit dans le legs universel ; plaidants M. Nolleau pour le mari, & M. du Chemin pour les neveux qui avoient déja succombé pardevant les premiers Juges.

Il est vrai que les termes, *ainsi qu'étrangers*, de l'Article 111 de la Coutume de Montdidier, ont probablement mis la question hors de tout doute : car incontestablement les étrangers auroient pu se léguer le prix de ce propre vendu ; mais cela

fait toujours connoître que c'eſt la Loi du domicile où les meubles exiſtent, qui décide dans ce cas, quant aux deniers des propres, au lieu que ſi le propre vendu avoit été remplacé dans une Coutume prohibitive, le mari n'en auroit pas pu être légataire.

Il y avoit eu précédemment un Arrêt du 17 Février 1730, rendu dans la même Coutume, au rapport de M. Carré de Montgeron, entre le ſieur Roche, légataire univerſel de Madelaine Flamand ſa femme, & les héritiers des propres paternels de la Dame Flamand, infirmatif d'une Sentence de Montdidier, & qui déboute les héritiers de leur demande, afin de remploi des propres de la femme, aliénés pendant le mariage. Voyez de Renuſſon, des Propres, *ch.* 4, *ſect.* 6, *& chap.* 6, *ſect.* 2; Ricard, des Donations, *part.* 3, *ch.* 10, *ſect.* 1, *n.* 1429; Lebrun, des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 1; & de la Communauté, *liv.* 3, *ch.* 2, *diſtinct.* 3.

Je conviens néanmoins que ſi le domicile avoit été dans une Coutume qui n'eût pas eu une diſpoſition auſſi indéfinie que celle de Montdidier, & qui eût limité aux conjoints le pouvoir de diſpoſer des propres à une certaine quotité, il ne ſeroit pas poſſible de donner dans le prix des propres une plus forte quotité, que dans le propre même. C'eſt ce qui a été jugé dans la Coutume du Poitou, par Arrêt du 12 Août 1677, par lequel le prix d'un propre vendu, appartenant à la femme, fut jugé ne point entrer dans un legs univerſel qu'elle avoit fait à ſon mari, *Journal des Audiences*; depuis il a été jugé la même choſe entre les Foucher & Papion, par Arrêt de la Grand'Chambre, du 7 Septembre 1711, au ſujet du don mutuel fait par des conjoints domiciliés en Poitou, & qui avoient vendu des propres de Poitou : j'ai traité cette queſtion dans la Diſſertation précédente.

Mais ma propoſition eſt que ſi des conjoints mariés en Coutume prohibitive, quoiqu'ils y fuſſent domiciliés au jour du don, & que les fonds vendus y aient été ſitués, venoient demeurer, à Montdidier par exemple, ils pourroient ſe donner le prix des propres vendus, parce que la Loi du domicile actuel eſt la Loi de la ſituation du prix du propre.

Ainſi quand l'héritage eſt vendu, ce ne peut plus être la Loi de la ſituation de l'héritage qui régit le prix; c'eſt la Loi du domicile au jour du décès du prémourant.

On convient que c'est la Coutume du domicile matrimonial qui décide si le prix du propre peut entrer en communauté; mais c'est la Loi du domicile actuel qui décide si le conjoint en peut profiter, *Jure donationis, aut jure legati* de son conjoint.

Quand donc la vente du propre précede le legs, il est difficile de présumer la fraude; les conjoints, qui depuis se sont légués, sont au contraire présumés l'avoir fait en connoissance de cause, & la libéralité s'exécute sur les biens de la nature dont ils peuvent être au jour du décès, selon la Loi de leur situation, qui est celle du domicile actuel.

Je ne prévois qu'une seule objection: ce n'est, me dira-t-on, ni la Loi de la situation qu'il faut envisager, ni la Loi du domicile des conjoints au jour de leur décès, mais uniquement la Loi du domicile matrimonial; parce que c'est, suivant cette Loi, que les Parties sont présumées avoir contracté, & que dans le systême de Me Ch. du Molin, *Cons.* 53, toutes les dispositions de la Loi matrimoniale passent en force de convention; mais j'ai détruit cette objection dans l'Observation précédente.

Je dis donc que si des conjoints, depuis le don mutuel, ont changé de domicile, ou s'ils ont changé la nature de leurs biens, & les ont, *salvâ fraude*, convertis en autres effets (ils avoient des meubles; ils ont acquis des immeubles; ils avoient des immeubles situés dans une Coutume; ils en ont acquis dans une autre où les dispositions sont différentes (je dis que le conjoint survivant ne pourra recueillir en vertu du don mutuel, le prix des biens vendus, ou les biens convertis, qu'autant que les conjoints seront domiciliés au jour du décès, ou que les biens seront situés en Coutumes qui admettroient le don mutuel de ces choses, & que le survivant les aura, si ces Coutumes le permettoient.

En effet quel inconvénient y auroit-il plus grand dans ce cas que dans celui où le mari ayant vendu le propre de sa femme sis à Paris, l'auroit remplacé en fonds sis en Normandie? Dans cette espece le mari auroit la jouissance du propre remplacé en Normandie, à titre de viduité: c'est ce que dit précisément Basnage, *art.* 382 de la Coutume de Normandie; mais ce qu'il peut prendre à titre de viduité en Normandie, parce que la Loi de la situation le lui donne, pourquoi ne le pourroit-il pas

pas prendre dans une autre Coutume, quand elle le lui donne à titre de don mutuel ?

Il s'eſt préſenté une eſpece aſſez ſinguliere rapportée par Papon en ſes Arrêts, *liv.* 17, *tit.* 2, *n.* 8, & par Chopin ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 3, *n.* 20.

Un homme & une femme s'étoient fait un don mutuel pendant l'ancienne Coutume de Vermandois, qui permettoit en pluſieurs Bailliages aux maris & femmes de s'avantager en propriété ; mais qui ne ſaiſiſſoit pas le donataire ſurvivant.

Depuis ce don mutuel, la Coutume avoit été réformée, & les dons mutuels entre maris & femmes ne furent permis qu'en uſufruit ; mais en même-temps il fut dit que le ſurvivant ſeroit ſaiſi.

La femme étoit décédée depuis cette réformation.

Deux queſtions s'éleverent. La premiere, ſi le don mutuel emporteroit la propriété conformément à l'ancienne Coutume, ou s'il ſeroit réduit au ſimple uſufruit conformément à la nouvelle. La ſeconde, ſi le mari ſurvivant avoit été ſaiſi ou non.

C'eſt-à-dire, que la queſtion fut de ſavoir ſi l'on ſuivroit l'ancienne, ou la nouvelle Coutume en tout, ou en partie, & Papon rapporte que par Arrêt du dernier Mai 1560, que Chopin date du dernier Mars, on jugea ces deux queſtions en faveur du mari, c'eſt-à-dire, on jugea qu'il avoit été ſaiſi, & qu'il auroit la propriété.

Ainſi on diſtingua les choſes compriſes dans le don mutuel, & la maniere de les obtenir.

Par rapport à la maniere de les obtenir, on jugea qu'encore que par l'ancienne Coutume durant laquelle le don avoit été fait, le ſurvivant ne fut pas ſaiſi, néanmoins le décès de l'un des conjoints n'étant ſurvenu que depuis la réformation de la Coutume qui ſaiſiſſoit le conjoint ſurvivant, il avoit été ſaiſi conformément à la nouvelle Coutume, & ce premier chef n'avoit aucune difficulté ; la Loi agiſſoit ſeule en ce cas & de ſon autorité, ſans préjudicier, ni nuire à aucun droit acquis : il ne s'agiſſoit que de la maniere de ſe mettre en poſſeſſion, & l'on ne pouvoit conſulter d'autre Loi que celle qui ſubſiſtoit au jour qu'il étoit queſtion de poſſéder.

Par rapport aux choſes, on jugea qu'il falloit ſuivre l'ancien-

ne Coutume, & de prime abord cette déciſion peut faire de la peine.

En effet, dans l'eſpece jugée, il s'agiſſoit d'un don mutuel: ces ſortes de dons ſont entiérement référés au moment du décès; & non-ſeulement le don mutuel ne peut être exécuté qu'après la mort, mais il ne peut être même que des effets qui ſe trouveront au jour du décès: c'eſt pourquoi le don mutuel, quant aux biens, eſt expoſé à tous les cas fortuits qui pourront ſurvenir dans le temps intermédiaire; les conjoints même ont la liberté de les aliéner, & le ſurvivant ne peut prendre que les biens qui exiſtent au jour du décès & de la nature dont ils peuvent être.

Ainſi l'exécution du don mutuel dépendant du moment du décès de l'un des conjoints, il ne faut enviſager que ce moment pour déterminer ce que les conjoints ont pu ſe donner ou non: tous les cas fortuits intermédiaires tombent ſur les biens, & je regarde comme un cas fortuit le changement & la réformation d'une Coutume à laquelle le ſurvivant des conjoints n'a point de part, & à laquelle il doit ſe conformer. Voyez Lebrun de la Communauté, *liv.* 1, *chap.* 2, *n.* 56.

C'eſt parce que les actes qui ont trait à la mort & qui n'ont effet qu'à la mort, doivent ſe régler par la Loi qui a lieu dans ce moment, que l'ancienne Coutume de Péronne permettant de donner à l'un de ſes enfants, à la charge d'un quint viager aux autres enfants, & la Coutume réformée exigeant un quint héréditaire, il fut jugé qu'une mere qui avoit donné avant la réformation, ſous la charge d'un ſimple quint viager, étant décédée depuis, le quint devoit être héréditaire. Arrêt du 24 Avril 1584. Chopin ſur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 2, *tit.* 2, *n.* 13.

C'eſt ſur le même fondement que le même Auteur ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 1, *n.* 13, a eſtimé que le remploi des propres des conjoints, aliénés pendant l'ancienne Coutume, qui n'exigeoit pas de remploi, devoit avoir lieu ſuivant la nouvelle, la diſſolution de la communauté étant arrivée depuis la réformation. *Merito igitur anteriores actus quorum executio pendet à futuro rerum eventu, ſubſunt legi interim conditæ, non autem vetuſtiori contrariæ.*

Chopin ajoute que Me Ch. du Molin avoit été d'avis contraire ſur la Coutume de Senlis, au ſujet de l'Arrêt de Diſque

ou Diſquey, ci-après cité; mais il eſt aiſé de ſentir que le Droit du douaire qui donna lieu à l'Arrêt, & toutes ſes prérogatives ſont acquiſes dès l'inſtant du mariage, quoique ſuſpendues. *Dies venit, ſed nondum ceſſit*; ce que l'on ne peut pas dire des autres eſpeces ci-deſſus.

Mais ce qui juſtifie la déciſion de l'Arrêt cité par Papon, eſt que par le Procès-verbal de la Coutume réformée, la nouvelle diſpoſition ne doit avoir lieu que pour l'avenir; elle ne rétrograde pas, au contraire elle confirme les actes du paſſé. Or, le don mutuel dont il s'agiſſoit, avoit été fait avant la réformation; le contrat étoit parfait autant qu'il pouvoit l'être; celui des conjoints qui devoit, ſurvivre avoit un droit à la propriété, quoique ſuſpendu juſques au jour du décès du prémourant, & la nouvelle diſpoſition n'y dérogeoit pas.

J'obſerverai à cette occaſion qu'il eſt des droits ſimplement convenus entre les parties, qu'une Loi nouvelle ne ſauroit nous ôter, quoiqu'ils ne ſoient pleinement acquis que depuis cette nouvelle Loi, & qu'il en eſt d'autres même pleinement acquis, qu'une nouvelle Loi peut nous enlever ſous une condition qu'elle met en notre pouvoir.

C'eſt ainſi pour exemple d'un droit acquis, & qui ne peut pas ſe perdre par une nouvelle Loi, qu'une Coutume donnant à une femme le choix du douaire coutumier ou du préfix, cette femme ſurvivante ne perdra pas ce droit d'opter, en cas que par une réformation de Coutume, le choix ſoit ôté à une veuve à qui il a été accordé un douaire préfix, & c'eſt le ſujet de la note de Me Ch. du Molin ſur l'*art.* 183 de la Coutume de Senlis : l'ancienne Coutume donnoit le choix à la veuve de l'un ou l'autre douaire; la nouvelle le refuſe. *Male judicatum contra nepotes Ludovici* DISQUE, *quia contractus matrimonii factus erat, & ſuam formam acceperat anno* 1508, *ſub forma & conditionibus veteris conſuetudinis quæ debuit attendi, quamvis conjuges ſupervixerint poſt annum* 1540, *& ſic poſt novam conſuetudinem.*

Pour exemple préſentement d'un droit qui, quoique acquis, peut ſe perdre par le fait de l'homme ſurvenu depuis une nouvelle Loi, nous avons l'Arrêt fameux rapporté par Bacquet en ſon Traité des Droits de Juſtice, *ch.* 21, *n.* 22. Je vais tranſcrire ce que dit cet Auteur, parce que la queſtion fut magni-

fiquement débattue, & par conséquent jugée en grande connoissance de cause.

» Convient entendre que par le 24e Article de l'ancienne » Coutume de Touraine, sous le titre des successions, étoit dit » que le survivant des deux conjoints jouiroit sa vie durant de » la moitié de tous les meubles & conquêts immeubles du » prédécédé, encore qu'il y eût enfants; & par le 99e Article » de la nouvelle Coutume dudit Bailliage de Touraine, est dit » que si le pere ou la mere survivant ayant enfants se remarie, » il perd la jouissance des meubles & conquêts immeubles ap- » partenants à ses enfants : est advenu qu'un mari, après le dé- » cès de sa femme décédée pendant l'ancienne Coutume, ayant » joui quelque temps des meubles & conquêts appartenants à » ses enfants depuis la nouvelle Coutume, s'étant remarié est » mis en procès par ses enfants, afin de faire partage desdits » meubles & conquêts immeubles, & leur bailler moitié d'i- » ceux pour en jouir dès à présent, & rendre les fruits depuis » son dernier mariage, disant que s'étant remarié contre la » nouvelle Coutume, *peccaverat in legem municipalem, & in- » ciderat in pœnam à consuetudine constitutam*, qui étoit priva- » tion de son usufruit; aussi qu'étant convolé en secondes no- » ces, il avoit oublié le devoir paternel & l'affection paternel- » le; combien que le pere ou le mari eût remontré que le droit » d'usufruit lui avoit été incommutablement acquis pendant » l'ancienne Coutume; que les Loix *dabant formam futuris ne- » gotiis, & non præteritis*, & n'avoient point effet rétroactif, » *L. Leges C. de legib.* que *novæ Leges, constitutiones, vel consue- » tudines, aut nova Statuta nunquam extendebantur ad actum » perfectum, completum & consummatum, & in hujusmodi actu » novæ Leges nullo modo considerabantur, ut notat. Bar. in » L. omnes populi, col. 29, ff. de just. & ju. Panor. & cæteri » adnotant in Cap. fi. extra de const.* Aussi qu'il étoit certain, & » sans doute que par l'ancienne Coutume de Touraine, le mari » survivant ou la femme survivante, se remariant, ne perdoit » point son usufruit, encore qu'il eût enfant ou enfants du » dernier mariage; que *pactum, & Statutum parificantur*, telle- » ment que l'usufruit des meubles & conquêts immeubles, » lui étant baillés par la Coutume, c'est autant que s'il étoit » convenu par son contrat de mariage qu'il auroit ledit usu-

» fruit, laquelle convention ne pourroit être tollue, encore » qu'il ſe remariât, ſi du ſecond mariage n'étoit fait expreſſe » mention par le contrat, *L. ſi. C. de fidejuſ. L. circa locatio-* » *nes*, *C. de locato.* Néanmoins par Arrêt ſolemnellement pro- » noncé le 27 Mars 1584, en confirmant la Sentence donnée » par le Bailli de Touraine, & infirmant la Sentence don- » née par le Juge de Bleré, le pere, nommé Philippe Chappelot, » a été condamné faire partage à ſa fille des meubles & con- » quêts immeubles demeurés par le trépas de ſa défunte mere, » qui avoit été femme dudit Chappelot, laiſſer jouir ſadite » fille de moitié d'iceux, en rendre les fruits depuis qu'il s'étoit » remarié, & condamné ès dépens de la cauſe d'appel. Voyez Brodeau ſur Louet, *Let. N. ſomm.* 8, où l'eſpece eſt rapportée tout au long. Chopin ſur Anjou, *lib.* 3, *chap.* 2, *tit.* 2, *n.* 13, fait mention du même Arrêt.

Voyez ſur cette maxime que les Loix *dant normam futuris negotiis non præteritis*, Ricard en ſon Traité de la Repréſentation, *n.* 59.

Mais, *quid Juris?* ſi des teſtateurs alloient demeurer dans une Coutume qui leur fît perdre *jus ipſum teſtandi*; ils ont, par exemple, teſté, étant domiciliés dans une Coutume où ils avoient l'âge pour teſter, & ils viennent demeurer dans une Coutume où ils perdent ce droit de teſter, parce qu'elle requiert un âge plus avancé.

J'obſerverai que ſur cette eſpece, les Loix Romaines, ces ſources de lumieres, ne ſauroient nous éclairer, parce que dans l'Empire Romain, il n'y avoit qu'une Loi uniforme : le capable d'une capacité d'état étoit tel par tout l'Empire, en vertu de la même Loi, & le changement de domicile ne faiſoit par conſéquent aucun changement dans ſa perſonne ; il n'y avoit pareillement qu'une même Loi qui défendît à certaines perſonnes de donner, & elles portoient cette prohibition par-tout où elles pouvoient aller demeurer, parce que par-tout elles retrouvoient la même Loi. Auſſi M. Jacques Godefroy, le plus excellent Commentateur que nous ayons ſur les regles de Droit, ce que j'ai ſouvent ouï dire à défunt M. Malzard, un des plus grands Juriſconſultes de nos jours, n'a entendu toutes les Loix par nous citées en tête de cette Obſervation, que d'incapacités, ou de vices abſolus & indépendants des lieux, & encore de vices qui attaquoient la forme & la ſubſtance des actes.

Ainsi, selon Godefroy, un testament vicieux dans son principe, parce que le testateur n'avoit pas *jus testandi*, n'aura pas lieu, encore que par la suite il acquiere ce droit : il en est de même, du moins en droit Romain, si le pere a prétérit son fils : voyez l'Ordonnance de 1735, *art.* 53, qui prescrit le contraire parmi nous, pour ce cas; de même encore si la personne instituée étoit incapable d'accepter l'hérédité au jour de l'institution d'une incapacité d'état, *veluti quia peregrinus erat ;* ces Loix s'entendent, dit Godefroy, d'une institution inutile, *quæ nullâ expressâ testatoris voluntate, vel legis dispositione sustinetur*, & non pas d'une institution qui peut être utile par la suite : *quæ etsi momento conditi testamenti, vel hæreditatis aditæ utilis esse, & in effectum deduci non potest, attamen eo tempore utilis futura est quo eam utilem esse voluit, sive lex, sive testator.*

C'est pourquoi presque tous nos Auteurs exceptent de ces Loix les incapacités purement passageres, *cùm causa prohibitionis est temporaria*, &, dans ce cas, ce qui est nul dans son principe, *non solo tractu temporis convalescit, sed novo quodammodo consensu, & voluntate convalescere potest.*

Si nous supposions que le changement de domicile n'opere dans les testateurs dont nous parlons, qu'une simple incapacité purement réelle, & non pas une incapacité d'état, il est bien certain que le changement de domicile n'opéreroit rien, qu'autant que les effets se trouveroient régis par la Loi du nouveau domicile; au moyen de quoi, par l'événement, ce changement pourroit n'agir que sur les meubles, comme étant seuls changés de situation.

Mais nous supposons un homme qui a atteint un certain âge, & qui demeure dans une Coutume où à cet âge l'on a *jus testandi ;* il fait son testament, & vient demeurer dans une Coutume qui ne lui donne ce droit qu'à un âge plus avancé, & il décede avant que d'être parvenu à cet âge : son testament sera-t-il valable ?

Ricard a agité la question en son Traité des Donations, *n.* 806. Voici comme il s'explique.

Que dirons-nous de cette question qui m'a été proposée ? » Un particulier étant demeurant dans une Coutume qui per- » met de tester à vingt ans, fait son testament, & ensuite va » établir son domicile sous une autre Coutume qui ne permet

» de diſpoſer qu'à vingt-trois ans, & vient à mourir auparavant » que d'avoir acquis cet âge : on demande ſi le teſtament doit » être exécuté ». J'ai répondu pour la validité de l'acte, ſui- » vant le principe que j'ai établi ; parce que le teſtament ayant » été fait par une perſonne capable, eu égard au temps auquel » il a diſpoſé, & n'ayant depuis contracté aucune incapacité » qui procede de l'indignité, c'eſt le cas auquel nous avons dit » que la capacité du teſtateur n'eſt pas néceſſaire au temps de ſa » mort ; il ſuffit qu'elle ſe ſoit rencontrée, lorſque le teſtament » a été fait » ; ce qu'il répete, *n.* 334 de ſon Traité du Don Mutuel.

Cet avis de Ricard ne laiſſe pas que d'avoir ſa difficulté.

En effet, tout le monde ne ſe contentera pas de cette ſeule raiſon, que le teſtateur n'a pas contracté d'incapacité provenant d'indignité depuis ſon teſtament : ce principe n'a pas toujours lieu. Celui, par exemple, qui ſe donnoit en adrogation, ne contractoit pas d'indignité, & cependant ſon teſtament étoit infirmé.

Chez les Romains on n'examinoit qu'une choſe : *le teſtateur a-t-il changé d'état & de condition depuis ſon teſtament ?* Au premier cas, *infirmabatur teſtamentum ;* au ſecond cas, *valebat teſtamentum.*

Mais ne peut-on pas dire qu'un homme qui change de domicile, & qui ayant la capacité de teſter, va demeurer dans une Coutume qui ne la lui donne pas, ou plutôt qui la lui ôte, change effectivement d'état ?

Dans nos mœurs il n'eſt pas extraordinaire que le changement de domicile change ſouvent l'état & la condition de la perſonne. La femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari, parce qu'elle eſt domiciliée dans un endroit, & elle n'y eſt plus, parce qu'elle va demeurer dans un autre.

Chez les Romains l'état d'une perſonne, pour teſter, conſiſtoit à être homme libre, Citoyen Romain, & à ne point être ſous la puiſſance d'autrui. Celui qui étoit dans ces trois cas, avoit la faculté de teſter, encore que cette faculté pût être empêchée par quelque raiſon ſurvenante, mais qui ne préjudicioit pas à ſon état.

Communément parmi nous l'état de l'homme ne dépend pas toujours de ces trois cas : l'homme ſoumis même à l'autorité d'autrui, le mineur, par exemple, quoique ſous l'autorité

d'un tuteur, peut tester, quand il a atteint un certain âge.

C'est pourquoi la faculté & capacité de tester ne dépend pas de la capacité d'état de gérer ses affaires entre vifs : je regarde la capacité de tester, comme formant un état pour cette nature de disposition, comme je regarde la majorité un état nécessaire pour aliéner.

Ainsi un homme qui change de domicile, perdant, ou acquérant la capacité de tester, perd un état qu'il avoit, ou en acquiert un qu'il n'avoit pas auparavant, & l'on peut dire que *mutatur ejus conditio.*

Il n'en est pas de la perte de la capacité de tester, comme de la simple perte de l'exercice de cette capacité causée par la perte du jugement & de la raison. Celui qui tombe en démence conserve son état, parce qu'il ne cesse pas d'être libre, d'être Citoyen & d'être pere de famille ; en sorte que la faculté de tester dans le furieux, l'imbécille, &c. n'est, pour ainsi dire, que liée & arrêtée *propter defectum voluntatis.*

Mais la faculté de tester parmi nous, formant un état particulier, quiconque n'a pas cette faculté par la disposition de la Loi, n'a pas l'état habituel nécessaire pour tester : on ne peut pas dire que sa faculté est simplement liée & arrêtée, il n'en a point absolument ; le droit foncier, pour ainsi dire, ne réside pas en lui : on ne peut pas dire simplement qu'il est privé de l'exercice ; mais il n'a réellement, ni faculté, ni puissance, & je ne saurois croire que la perte d'une pareille faculté ne change pas l'état d'un homme considéré dans le cas de disposer par testament.

Ce que nous venons de dire n'est que pour argumenter par suite des principes, & en tirer les conséquences naturelles qui en résultent, & cela auroit, selon moi, rigoureusement lieu dans le cas d'un homme qui ayant testé domicilié dans une Coutume qui lui donnoit *jus testandi* ; viendroit demeurer librement & volontairement dans une autre Coutume qui lui refuseroit ce droit indéfiniment, & sans restriction, parce qu'il doit s'imputer de s'être volontairement placé dans cet état d'impuissance.

C'est pourquoi j'embrasse volontiers, par un principe d'équité, plutôt que par regle, l'avis de Ricard dans le cas d'un mineur qui ayant valablement testé dans une Coutume où il étoit domicilié, & où il avoit l'âge compétent, seroit obligé de

de ſuivre ſes pere & mere qui viendroient demeurer dans une Coutume qui exigeroit un âge plus avancé, parce que le fils ſe tranſportant par néceſſité dans ce nouveau domicile, & tombant dans le cas de ne pouvoir pas vouloir, il paroît juſte de venir à ſon ſecours, & d'exécuter les volontés qu'il a marquées dans un temps où il avoit la libre faculté de vouloir.

C'eſt ainſi que j'ai dit en *l'Obſervation* 34, que la femme domiciliée dans une Coutume qui lui permet de teſter, ſans l'autoriſation de ſon mari, ayant fait ſon teſtament, & venant avec ſon mari demeurer dans une Coutume où elle a beſoin de ſon autoriſation, ſon teſtament ne laiſſeroit pas de ſubſiſter.

C'eſt encore ainſi qu'Everard, par rapport à l'Ordonnance que nous avons rapportée ci-devant, décide que le batard qui pouvoit valablement faire un teſtament, en ayant fait un avant l'Ordonnance qui le défendoit aux batards, le teſtament de ce batard ne laiſſoit pas de ſubſiſter, parce qu'il l'avoit fait dans un temps permis; que depuis l'Ordonnance il n'a plus la faculté de vouloir; que cet obſtacle ne vient pas de lui, n'eſt pas de ſon choix, & qu'il n'eſt pas juſte de le priver d'un droit dont il a valablement uſé.

Mais ſi le mineur âgé de dix-huit à vingt ans, & qui a fait un teſtament, vient librement, & de ſon choix, demeurer dans une Coutume qui ne lui permet de teſter qu'à vingt-cinq ans, ce mineur perdant la faculté qu'il avoit de teſter, retombant dans l'impuiſſance naturelle où ſont tous les hommes qui ne ſont pas aidés de la Loi, & ce changement arrivant de ſon choix, c'eſt le cas d'appliquer la ſévérité des principes. Ce mineur change d'état quant à ce, & perd librement & volontairement la faculté qu'il avoit auparavant, & il faut juger de la validité de ſon teſtament, par l'état actuel où il ſe trouve au jour de ſon décès. Voilà la rigueur des principes.

Il faut donc, ſelon moi, diſtinguer entre les incapacités d'état & abſolues de faire un teſtament, qui peuvent ſurvenir par un changement volontaire de domicile, & celles qui peuvent ſurvenir par un changement forcé. Par rapport aux premieres, je me tiens aux regles générales, & je fléchis par rapport aux ſecondes : il faut encore diſtinguer les incapacités particulieres & réelles portées par nos Coutumes, qui peuvent ſurvenir de quelque cauſe que ce ſoit : car par rapport à celles-ci, le changement de domicile n'influe pas ſur la perſonne; il

n'influe que ſur les biens que la nouvelle Loi régit, & nullement ſur les biens qu'elle ne régit pas.

Si un mineur domicilié au jour de ſon teſtament, dans une Coutume qui le rend capable de teſter à dix-huit ans, & après être venu volontairement demeurer dans une Coutume où il en faut vingt-cinq, parvenoit à vingt-cinq ans, pour lors il ne faudroit plus faire attention au temps intermédiaire, comme nous l'avons dit ci-devant.

Delà il eſt facile de décider la queſtion de ſavoir, ſi une perſonne ayant l'âge de teſter, mais n'ayant pas l'âge ſuffiſant pour diſpoſer par teſtament de ſes propres, & en ayant néanmoins diſpoſé, parvenoit par la ſuite à l'âge requis; ſi, dit-on, ce teſtament pourroit ſubſiſter, & l'on voit que le teſtateur ayant capacité de faire un teſtament, il ne trouve d'obſtacle, quant aux propres, que dans la diſpoſition réelle, & que cet obſtacle ceſſe par l'âge ſurvenu; en ſorte qu'au jour du décès il ſe trouve un teſtament valable en lui-même, puiſque la perſonne étoit capable de teſter, & valable, quant aux biens, par la diſpoſition réelle.

DEUXIEME QUESTION.

La Loi défend au mineur de diſpoſer par teſtament, au profit de ſon tuteur, & elle défend au tuteur de recevoir de ſon mineur. *His poſitis*, le mineur legue à ſon tuteur, & depuis il devient majeur, ou bien le tuteur ceſſe d'être tuteur, & n'a pas encore rendu compte : le legs ſubſiſtera-t-il, ou doit-il être déclaré nul ?

Il eſt certain que la Loi met dans le tuteur & dans le mineur une incapacité; ſavoir, dans le premier, de recevoir de ſon mineur; & dans le ſecond, de donner à ſon tuteur. Cette incapacité n'eſt pas abſolue; c'eſt-à-dire, que ſi le mineur ne peut pas léguer à ſon tuteur, il peut néanmoins léguer à un autre, & que ſi le tuteur ne peut pas recevoir de ſon mineur, il peut recevoir de tout autre. Ce n'eſt donc qu'une incapacité relative; cette incapacité n'eſt pas même relative *ex utraque parte* : car ſi le mineur ne peut pas léguer à ſon tuteur, celui-ci peut léguer à ſon mineur.

L'incapacité du mineur & du tuteur eſt donc fondée ſur l'autorité de l'un & ſur la dépendance de l'autre, qui rendent la diſpoſition du mineur ſuſpecte, & font craindre qu'elle ne

parte pas d'une volonté libre. C'eſt *impedimentum mixtum conſideratione legantis, & legatarii proveniens ex utriuſque perſona;* ce ſont les perſonnes qui, à raiſon des qualités actuelles qui les affectent, ſont prohibées généralement, indéfiniment, & abſtraction faite de la ſituation des biens.

On ne pourroit pas dire la même choſe dans l'eſpece des conjoints: la relation eſt effectivement du conjoint à l'autre conjoint, mais dépendammment de la ſituation des biens; en ſorte que cette relation ceſſe dès que les biens ſe trouvent ſituées dans des Coutumes différentes.

Qu'on ne diſe pas que dans l'eſpece du mineur qui legue à ſon tuteur, la relation qui eſt la raiſon de la prohibition ceſſe, dès que l'on ceſſe d'être mineur, & que l'autre ceſſe d'être tuteur: car ſi la raiſon de la prohibition ceſſe, la Loi ayant mis un vice eſſentiel dans la diſpoſition, cette diſpoſition, nulle dans ſon principe, ne peut jamais être rendue valable par la ſuite.

C'eſt ainſi que Me Jean-Marie Ricard, en ſon Traité des Donations, *part.* 1, *ch.* 3, *ſect.* 18, *n.* 804, a décidé l'eſpece qui vient d'être propoſée. » Notre Droit François, dit-il, a établi » de nouvelles incapacités établies ſur des fondements qui » n'ont rien de commun avec ceux du Droit Romain, comme » ſont celles des mineurs & autres perſonnes ſoumiſes à l'autori- » té d'autrui, qui ſont interdits de diſpoſer en faveur de leurs » tuteurs & autres Adminiſtrateurs; ce genre d'incapacité ayant » pour fondement l'empire qu'a le légataire ſur la volonté du » teſtateur, il ſuffit que l'empêchement ſe trouve, ſoit au temps » que le teſtament eſt fait, ou lors de la mort du teſtateur; » parce que s'il eſt néceſſaire qu'il ſoit en pleine liberté, lorſ- » qu'il teſte, il n'eſt pas moins requis qu'il la conſerve au temps » de ſon décès, attendu qu'il doit mourir dans une pareille li- » berté de pouvoir le révoquer; à quoi il convient encore pou- » voir ajouter que cette incapacité eſt reſpective entre le tu- » teur & le légataire, non pas pour faire que le tuteur ſoit in- » capable de donner à ſon pupille, comme le mineur ne peut » pas donner à ſon tuteur, mais par la conſidération de ce que » l'incapcité regarde la perſonne de l'un & de l'autre, étant dé- » pendant de la relation qu'ils ont enſemble; ce qui fait en- » core qu'elle doit ceſſer au temps de l'échéance du legs, parce » que tout légataire doit être capable dans le temps.

OBSERVATION XXXVII.

Sur le Douaire.

RODENBURGH finit ce Chapitre par la queſtion de ſavoir quelle Coutume doit régler le douaire; ſi c'eſt celle du mariage ou celle du domicile, au jour du décès de l'un des conjoints, quand ils en ont changé depuis leur mariage, & il diſtingue entre le douaire préfix & le coutumier, par rapport au douaire préfix qu'il ſuppoſe être convenu en immeubles: le ſens de ſa déciſion eſt que la convention doit être exécutée par-tout, ſi la Loi de la ſituation par une diſpoſition prohibitive, ne contredit pas cette convention, & ſi elle la contredit, il eſtime que la convention ſe convertit en action.

Faiſons quelques réflexions ſur cette premiere déciſion.

Pour la mettre dans un juſte point de vue, il faut préſuppoſer que les conjoints en ſtipulant un douaire préfix en immeubles, ne l'ont pas ſtipulé tel qu'il eſt accordé par les différentes Coutumes de la ſituation, c'eſt-à-dire, qu'il faut préſuppoſer que ce douaire préfix ſtipulé en immeubles, eſt moindre, ou plus grand que le douaire coutumier accordé par chacune des Coutumes de la ſituation : car ſi les conjoints étoient convenus que le douaire ſeroit de ce que chaque Coutume accorde à la veuve & aux enfants, je croirois que ce douaire ne ceſſeroit pas d'être coutumier; les parties dans ce cas n'auroient voulu que ce que les Coutumes de la ſituation auroient voulu elles-mêmes : elles ſe ſeroient réglées ſuivant l'intention des Coutumes; elles n'auroient rien ſtatué de particulier, & qui y dérogeroit : la convention ſeroit moins diſpoſitive qu'énonciative, & tranſcriptive du Droit légal & réel de chaque Coutume, & il n'y auroit pas lieu d'examiner ſi la Loi de la ſituation contredit ou ne contredit pas la convention.

Auſſi notre Auteur définit-il, *ch.* 4, *tit.* 3, que s'il a été convenu entre conjoints que la femme aura le douaire que lui donnent les Loix, (ce qui eſt préciſément convenir du douaire coutumier de chaque Coutume,) cette convention ne ſera pas entendue du douaire preſcrit dans le lieu du mariage, ni de

celui preſcrit par la Loi du domicile, mais bien de celui que les différentes Coutumes de la ſituation peuvent donner.

Je crois que cette déciſion auroit pareillement lieu, ſi le douaire étoit ſtipulé coutumier en général, ſans le référer nommément & ſinguliérement à chacune des Coutumes de la différente ſituation des biens, parce qu'en ce cas il ne ſeroit pas raiſonnable de ſuppoſer que les parties n'ont eu en vue que le ſeul douaire de la Coutume du domicile matrimonial, & il ſeroit plus de la regle de préſumer qu'ils ont enviſagé celui de toutes les différentes Coutumes de la ſituation, & il faudroit dans ce cas le régler pour la quotité & pour la nature des biens ſujets au douaire, comme vraiment coutumier, & par les Loix de la ſituation des biens.

Ce douaire, quoique coutumier, peut en un ſens être dit un douaire préfix, en ce que l'hypotheque en remonte au jour du contrat de mariage.

Que ſi les biens étant répandus en différentes Coutumes, le douaire étoit ſtipulé conformément à une ſeule Coutume limitée & convenue, dans ce cas les parties ayant voulu modeler le douaire des différentes Coutumes ſur une ſeule, il eſt vraiment & totalement préfix.

Ce que nous venons de dire, nous le diſons d'après Me Jean-Marie Ricard, *art.* 261 de la Coutume de Paris. Pour reconnoître, dit-il, ſi un douaire eſt préfix ou coutumier, il ne faut pas prendre garde s'il eſt laiſſé à la diſpoſition de la Coutume, pour l'appeller coutumier en ce cas ſeulement, ou bien s'il eſt fixé & arrêté entre les parties pour l'appeller préfix : car ſi le douaire convenu eſt ſemblable au coutumier, par exemple, s'il eſt ſtipulé qu'il ſera de la moitié, &c. il ne laiſſe pas que d'être coutumier, parce qu'en ce cas les parties ſe ſont réglées ſuivant l'intention de la Coutume, & n'ont rien ſtatué de particulier pour détruire ce que la Coutume a établi ; de ſorte qu'un douaire, pour être dit préfix, doit être moindre ou plus grand qu'il n'eſt preſcrit par la Coutume.

L'examen de la déciſion de notre Auteur, ne peut donc tomber que dans le cas où le douaire préfix convenu en immeubles, ſeroit véritablement un douaire de convention, & différent du coutumier, ou même ſi le douaire étoit ſtipulé coutumier, mais conformément à une certaine Coutume : car il ſeroit en ce cas vraiment de convention, & c'eſt pour lors qu'il s'agit

de discuter si la Loi de la situation ne s'oppose pas à la convention.

C'est un principe en matiere de Statuts que les Loix commandent aux héritages situés dans l'étendue de leur domination, qu'on ne sauroit leur disputer ce droit, quand leurs dispositions ont les biens principalement en vue.

Mais ces dispositions de nos Coutumes peuvent être simplement négatives, sans prohibition d'une convention contraire, ou être encore négatives prohibitives de toute autre convention; & avant que de proposer aucune question particuliere, il est bon d'examiner ce qui est requis pour former ces sortes de Statuts, & les distinguer entre eux.

Je trouve qu'il y a deux sortes de Statuts purement négatifs: les uns qui sont conçus en termes expressément négatifs, & les autres négatifs sous une forme affirmative.

Les Statuts expressément négatifs sont ceux qui ordonnent & qui disposent en termes négatifs, par exemple, ce Statut de la Coutume de Meaux, *ch.* 2, *art.* 10; douaire soit préfix ou coutumier, n'est propre aux enfants de la personne douée: de même Sens, *art.* 163; Montfort, *art.* 139; Mantes, *art.* 136: cet autre: il n'y a point de représentation en ligne directe, ni collatérale: ces Coutumes disposent & ordonnent en termes négatifs.

Les autres Statuts négatifs, sous une forme affirmative, sont ceux qui dans une disposition affimative excluent tacitement la chose contraire: ainsi ce Statut de la Coutume d'Orléans: le douaire de la femme est personnel; celui-ci de Château-Neuf, *art.* 58: le douaire par le trépas de la femme se finit & s'éteint; & cet autre de la Coutume d'Auxerre: tous douaires sont viagers: sont des Statuts qui, sous des termes affirmatifs, renferment tacitement une négation d'un douaire perpétuel, propre à la femme & aux enfants.

Les Statuts négatifs nient bien la chose, mais ne contiennent pas toujour une prohibition de convenir de la chose: par exemple, une Coutume porte que le douaire n'est que viager à la femme, & non propre aux enfants; rien n'empêche dans cette Coutume, (si d'ailleurs il n'y a pas quelqu'autre disposition contraire) de convenir que le douaire sera propre à la femme, si elle survit sans enfants, & propre aux enfants en cas qu'il y en ait, & c'est pour ces Coutumes qu'il est vrai de dire

que la diſpoſition de l'homme fait ceſſer la diſpoſition de la Loi.

Mais outre ces premiers Statuts, il y en a qui ſont en même-temps négatifs & prohibitifs, c'eſt-à-dire, qui diſpoſent, & qui en diſpoſant, excluent toutes ſtipulations & conventions au contraire.

Tel eſt ce Statut de la Coutume du Boullenois, *art.* 95.

Le mari ne peut avancer ſa femme, ni la femme ſon mari, par don entre vifs, ni par teſtament.

Tel eſt encore l'*art.* 337 de la Coutume de Tours, & généralement tous les Statuts ſemblables; ces Statuts ſont non-ſeulement négatifs de tout avantage entre conjoints, mais encore prohibitifs. Voyez Pallu ſur ledit article.

Il en eſt de même de ceux-ci, la femme ne peut avoir don & douaire enſemble ſur les héritages immeubles de ſon mari; Anjou, *art.* 310; & Maine, *art.* 323; Poitou, *art* 266; Bretagne, *art.* 206.

Les Statuts négatifs prohibitifs ne ſont pas tous prohibitifs d'une prohibition également étendue; mais la prohibition eſt plus ou moins reſtreinte dans l'eſprit de certaines Coutumes. Je m'explique.

En Maine & en Anjou, la prohibition du concours du don & du douaire, eſt indéfinie ſur les immeubles du mari, & la femme n'a que l'option, ou du douaire, ou de la donation ſur les immeubles; mais elle peut être donataire des meubles & douairiere ſur les immeubles.

Cette Coutume a fait naître une queſtion que mon Lecteur ne ſera pas fâché de trouver ici : elle a relation à notre matiere; je la donne avec la Conſultation que j'ai faite.

» Le Conſeil ſouſſigné, qui a vu le contrat de mariage du » ſieur M*** fait & paſſé dans la Coutume du Maine, entre » domiciliés, en préſence & du conſentement de la Dame » veuve ſa mere, par lequel il accorde à ſa future, douaire » en cas de droit ſur ſes biens, dont les fruits courront du » jour qu'il aura lieu, renonçant la future au demi-douaire, en » cas de ſurvie de la mere du futur, après le décès de laquelle » elle aura le douaire entier.

» Par une autre clauſe du même contrat, il eſt dit que pour » la bonne amitié que les futurs ſe portent, ils ſe ſont fait, entre » vifs, don mutuel & réciproque de tout ce que les Coutumes

» de la situation de leurs biens permettent à gens libres de se » donner.

» Consulté sur la question de savoir si le sieur M*** étant » mort avant sa mere, sa veuve qui s'est portée donataire de » ses immeubles, peut prétendre encore être douairiere, non » pas sur les mêmes immeubles de son mari, mais bien sur ceux » de sa mere décédée depuis.

» On pourroit même encore raisonnablement demander si » cette veuve qui, au moyen de la qualité de donataire des im- » meubles de son mari, ne peut plus être douairiere sur les mê- » mes immeubles au Maine, pourroit être douairiere sur les » immeubles situés ailleurs, & même douairiere & donataire » dans les Coutumes de compatibilité.

» Est d'avis, pour écarter d'abord toutes questions étrangeres, » qu'il n'y a pas de difficulté que cette veuve auroit pu être douai- » riere sur les immeubles, & donataire tout ensemble des meu- » bles de son mari. L'article 323 de la Coutume du Maine » en contient une disposition précise.

» Elle auroit pu encore être douairiere au Maine & par-tout ail- » leurs, & être dans les Coutumes de compatibilité douairiere » & donataire. Mais cette même veuve peut-elle être donataire » des biens immeubles de son mari, situés au Maine & par-tout » ailleurs, & encore douairiere dans la même Coutume, sur » les biens de la mere de son mari, décédée depuis lui? Voilà » le véritable objet de la Consultation.

» Le Conseil soussigné est d'avis, sur cette question, que cela » ne se peut, & que la prétention de la veuve seroit littérale- » ment contraire aux termes & à l'esprit de la Coutume du » Maine.

» En effet, l'Article 323 de cette Coutume porte expressé- » ment que femme noble, ou coutumiere, ne peut avoir don » & douaire sur les héritages de son mari; il est seulement à » son choix de prendre l'un, ou l'autre, & en choisissant l'un, » elle est forclose de l'autre.

» Or, dans le fait, la veuve n'a pas voulu être douairiere de » son mari: elle s'est renfermée dans la qualité de sa donataire » en meubles & en immeubles: elle est donc, aux termes de » l'Article 323, forclose de la qualité de douairiere au Maine, » sur quelques biens du Maine que ce puisse être.

» On ne peut résister à cet argument tiré du texte même de » la

» la Coutume du Maine, & la veuve qui ne prétend point de » douaire ſur les biens de ſon mari, ſitués au Maine, n'en pour- » roit prétendre ſur ceux de la mere de ſon mari, qu'en pré- » ſuppoſant dans cette Coutume deux douaires indépendants » l'un de l'autre, & entiérement détachés, le premier ſur les » biens du mari, & le ſecond ſur les biens des pere & mere du » mari décédés depuis lui, en ſorte que l'on puiſſe répudier l'un » & accepter l'autre; c'eſt-à-dire, répudier le douaire ſur les » biens du mari, & en être donataire, & accepter encore le » douaire ſur les biens des pere & mere. Ce ſyſtême ſeroit une » véritable illuſion: l'Article 323 exclut don & douaire au Mai- » ne; celle qui accepte l'un, eſt forcloſe de l'autre: la Coutume » n'admet pas deux douaires; il n'y en a qu'un, mais qui s'étend » ſur les héritages du mari & ſur ceux des pere & mere, quand » ils ſurvivent, & cette extenſion n'eſt que la ſuite, la conſé- » quence & la dépendance du douaire ſur les biens du mari: elle » a pour racine vivifiante la qualité de douairiere ſur les biens » du mari. C'eſt de cette qualité que flue le droit que la veuve » a ſur les biens des pere & mere de ſon mari; ſi elle ſe dépouille » de cette qualité, elle rompt elle-même le fil de continuité » auquel eſt attaché le droit du douaire ſur les biens des pere » & mere ſurvivants ſon mari.

» Pour le mieux faire comprendre, il faut ſe reſſouvenir que » par l'Article 313 de la Coutume du Maine, la veuve a pour » douaire la tierce partie, ſa vie durant, des héritages & choſes » immeubles dont ſon mari étoit Seigneur au temps de ſon ma- » riage & durant icelui.

» Il eſt certain qu'en enviſageant le cours ordinaire de la na- » ture, & ſuivant cet ordre naturel, les enfants étant les hé- » ritiers de leurs pere & mere, la Coutume, en l'Article 313, » a tacitement donné à la veuve d'un fils, douaire ſur les biens » de ſes pere & mere.

» Mais comme il pouvoit arriver que par un dérangement » de l'ordre naturel, les enfants vinſſent à mourir avant leurs » pere & mere, la Coutume a prévu expreſſément ce cas parti- » culier; & comme toutes les Loix conſiderent les enfants » comme propriétaires des biens de leurs pere & mere, *etiam* » *viventibus patribus*, la Coutume a voulu, par l'Article 317, » conſerver aux veuves des enfants prédécédants, droit de » douaire ſur les biens ſur leſquels ils avoient un droit anticipé,

» si juste, si naturel & si légitime ; ce qu'elle n'a pas fait par rap-
» port aux autres *écheutes* qui peuvent échoir en collatéral de-
» puis le décès du mari.

» C'est pourquoi, afin que l'Article 313 ne pût pas être in-
» terprété trop strictement, ni entendu des héritages & autres
» immeubles dont le mari a été pleinement Seigneur au jour de
» son mariage, & durant icelui, la Coutume ajoute, *sauf ès*
» *cas ci-après déclarés* ; ce qui est une extension dans l'Article
» 313 qui renvoie à l'Article 317, comme si la Coutume avoit
» dit, & s'entendent les héritages de l'Article 313, de ceux
» même appartenants aux pere & mere qui survivroient leurs
» enfants.

» C'est ce qui fait connoître que ce ne sont pas deux douai-
» res accordés par les Articles 313 & 317 ; mais un même
» douaire à prendre sur les mêmes biens, qui sont ceux non-
» seulement dont le mari a une Seigneurie parfaite & pleine-
» ment acquise ; mais encore ceux dont les Loix lui donnent
» une Seigneurie imparfaite, & dont la Loi naturelle le fait re-
» garder comme propriétaire par anticipation.

» Par l'Article 317, la veuve qui se porte douairiere de son
» mari, doit avoir par suite & par conséquence de cette qua-
» lité, provision sur les biens mêmes des pere & mere actuelle-
» ment vivants.

» Or, dira-t-on, dans la Coutume du Maine, qu'une veuve
» donataire de son mari, de ses biens immeubles, pourroit néan-
» moins, comme douairiere, exiger provision sur ceux de son
» beau-pere & de sa belle-mere ; & quoique ce raisonnement
» puisse passer pour une pétition de principe, ne saute-t-il pas
» aux yeux qu'elle n'est douairiere de ceux-ci, qu'autant qu'elle
» est douairiere de ceux-là ; que c'est la qualité de douairiere
» des biens de son mari, qu'elle étend & qu'elle porte sur les
» biens de ses beau-pere & belle-mere survivants ? c'est une ra-
» cine qui s'étend & se prolonge. La Coutume, sans aucune
» distinction, ne donne que l'un, ou l'autre, & forclos de l'un
» par le choix de l'autre.

» Cette disposition n'est pas particuliere à la Coutume du
» Maine. La Coutume d'Anjou, en l'*art.* 303 ; celle de Poitou,
» *art.* 260 ; celle de Normandie, *art.* 369 ; & Bretagne, *art.*
» 462, accordent la même chose aux veuves, & feignent, à
» cet effet, que les pere & mere du mari sont effectivement

» décédés avant leurs enfants : raiſon pour laquelle elles bornent » le douaire des brus ſur les biens des pere & mere à eux ap- » partenants au jour du décès de leurs enfants, & non ſur ceux » acquis depuis.

» D'où l'on voit que le douaire des brus ſur les biens des » pere & mere, n'eſt qu'un même douaire à prendre ſur des » biens dont la Loi feint que les enfants ſont propriétaires.

» Il eſt vrai que ſur les biens des pere & mere, la Coutume » ne donne de leur vivant, proviſion aux brus, que pour moi- » tié ; mais cette reſtriction ne détruit pas l'eſprit de la Coutu- » me : elle le modifie, de ſorte que le douaire des brus ſur les » biens des pere & mere vivants, & ſur ceux des enfants pré- » décédés, n'eſt qu'un même douaire modifié, à l'exemple du » douaire de l'Article 253 de la Coutume de Paris : pour les en- » fants du ſecond lit, il n'y a qu'une ſeule acceptation, ou une » ſeule forcluſion.

» Voici encore un autre argument fondé en principes. Il eſt » certain que le douaire coutumier eſt un bénéfice de la Loi, » & le don du mari eſt un bénéfice de l'homme.

» Or, on peut accepter l'un & l'autre dans les Coutumes où » ils ſont compatibles : on peut même être douairiere dans une » Coutume incompatible avec le don, & porter les deux qua- » lités dans une Coutume compatible ; parce que, dans ce » cas, on joint à l'avantage que donne la Loi, l'avantage » que l'homme, autoriſé par la même Loi, donne pareillement ; » mais quand on renonce dans une Coutume, ou qu'on ſe for- » clos ſoi-même d'une qualité que donne la Loi, cette renon- » ciation, ou forcluſion qui vient en conſéquence du choix de » l'homme, influe ſur toutes les Coutumes, & l'on n'a plus de » reſſources que dans le bénéfice de l'homme.

» Ainſi la veuve, qui ne veut pas être douairiere au Maine, » ne peut plus être douairiere, ni dans la même Coutume, ni » dans aucune autre, parce que l'on ne peut pas ainſi promener » à ſon choix, l'une ou l'autre de ces qualités, être donataire » ici, où le don vaut mieux que d'être douairiere, & être douai- » riere ailleurs, où le douaire vaut mieux que le don.

» On peut, à la vérité, porter les qualités légales dans toutes » les Coutumes où elles ont lieu ; mais quand, dans une Cou- » tume, on a renoncé à ces qualités légales, on ne peut plus » prétendre, dans une autre Coutume, les avantages qu'elles

» peuvent donner, & l'on ſe réduit ſoi-même aux ſeuls avan-
» tages de l'homme où ils peuvent avoir lieu.

» C'eſt ainſi que quand dans une Coutume qui défere la qua-
» lité légale d'héritier, on y renonce pour ſe porter légataire,
» on ne peut plus être héritier nulle part, ſi l'on a des concur-
» rents, mais ſimple légataire où cela eſt permis.

» C'eſt encore ainſi que par rapport à certains avantages lé-
» gaux, on ne peut, en changeant de qualité, changer à ſon
» choix ces avantages, ſuivant les différentes Coutumes, ſe
» dire ici légitimaire, & là ſe dire héritier des réſerves coutu-
» mieres. Il faut opter, ou tout l'un, ou tout l'autre, ſi ce n'eſt
» dans les Coutumes où les réſerves coutumieres ſont elles-mê-
» mes une légitime de droit; & dans ce cas particulier, on n'eſt
» toujours que légitimaire par-tout.

» En un mot, dans la Coutume du Maine, qu'une veuve ſoit
» tout à la fois douairiere & donataire des immeubles, de quel-
» que maniere que ce puiſſe être, le Conſeil eſtime que c'eſt
» un véritable monſtre, & que dans cette Coutume, on ne
» peut faire concourir ces deux qualités.

» Délibéré, &c.

En Bretagne la prohibition du concours de donataire & de douairiere, eſt encore plus indéfinie; car elle s'étend ſur toutes ſortes de biens meubles ou immeubles: la ſucceſſion d'un mari ne peut être chargée tout à la fois d'un douaire & d'un don, ſoit de meubles, ſoit d'immeubles, & la femme n'a que l'option de l'un ou de l'autre, & l'effet de ce choix eſt fort différent, ſi la femme opte le douaire: comme c'eſt un don d'un bien qui eſt toujours paternel, le douaire n'eſt que viager pour la femme, parce que les enfants ne pourroient prendre ce douaire qu'à titre ſingulier, s'ils le prenoient comme douairiers, ce qui n'a pas lieu dans cette Coutume où les enfants ne peuvent recueillir qu'à titre d'héritiers; mais à l'égard du don, ſi la femme l'optoit par préférence, comme il ceſſe d'être bien paternel, & qu'il paſſe à la mere en propriété, les enfants en recueillent le bénéfice, non dans la ſucceſſion du pere, mais dans la ſucceſſion de la mere à titre de ſes héritiers.

Dans la Coutume de Poitou, la prohibition du concours du don & du douaire n'eſt pas ſi rigoureuſe qu'en Anjou & en

Bretagne : cette prohibition dans cette Coutume n'eſt que pour exclure ſur les propres un don & douaire qui excéderoient le tiers; mais la femme peut être donataire des meubles & acquêts, & douairiere du tiers des héritages; elle pourroit même être donataire d'une portion des propres, & douairiere ſur les mêmes propres, même en propriété, pourvu que l'un & l'autre n'excédaſſent pas le tiers des propres, & n'entamaſſent pas les deux tiers de ceux qui doivent reſter aux héritiers, *délivrement*, comme une légitime qui leur eſt réſervée.

Ainſi l'on voit avec quelle précaution il faut décider ces ſortes de queſtions qui ſe préſentent ſur les différentes Coutumes, & la néceſſité de bien en pénétrer l'eſprit, de conſulter même l'interprétation que l'uſage y a donné.

Nos Auteurs veulent que quand le Statut contient une négative précédée du terme *peut*, pour lors le Statut eſt prohibitif négatif. *Negativa præpoſita verbo* poteſt, *excludit potentiam juris & facti, Mol. art.* 1, *gl.* 3 de la Coutume de Paris : ces termes ſont *abnegativa omnis potentiæ*, diſent nos Auteurs, *omnem facultatem radicitus abnegant.*

Mais cette maxime n'eſt pas univerſellement vraie. Me Ch. du Molin, *loco cit.* y met pluſieurs exceptions. La premiere, *quando apparet aliter eſſe diſpoſitum ;* 2°. *quando materia non eſt de ſe prohibitiva, & aliud exigit ratio materiæ ſubjectæ ſecundùm quam debent verba modificari, imo etiam impropriari, & reſtringi contra propriam ſignificationem ;* 3°. *quando reſultaret abſonus intellectus :* & en appliquant ces exceptions aux Coutumes d'Anjou, de Bretagne, de Tours & de Poitou, on voit que dans la Coutume de Bretagne & de Tours, la négation & la prohibition emportent, *omnimodam impotentiam ;* mais dans les autres elles emportent une impuiſſance réduite & reſtreinte plus ou moins, ſelon l'eſprit général & dominant de chaque Coutume : d'ailleurs il ne faut pas ſe perſuader que tous les Statuts négatifs prohibitifs, doivent néceſſairement contenir le terme *peut* précédé d'une négation : il en eſt de très-prohibitifs, & qui ne ſont pas conçus en ces termes. Par exemple, la Coutume de Poitou, *art.* 266, porte que ſi le mari donne à ſa femme le tiers de ſon héritage, ſoit à part, ſoit à divis, ou en général aucune choſe de ſon héritage à part qui vaille le tiers de l'héritage, elle peut ſe tenir audit don, & en icelui cas elle ne jouira de don & douaire : cette diſpoſition ne contient pas

de négation qui précede le terme *peut*, & cependant ce Statut eſt prohibitif dans la circonférence de ſes termes & de ſa diſpoſition, qui ne permettent pas de diſpoſer quant aux propres, au-delà du tiers.

La Coutume de Bourgogne, *ch.* 4, *art.* 8, veut que ſi conſtitution de douaire divis eſt faite par traité de mariage à la femme, plus grande, & excédant le coutumier, la dite conſtitution ſera ramenée & réduite au douaire coutumier : cette diſpoſition ne contient pas de négation qui précede le terme *peut;* cependant elle exclut, ſans difficulté, toute convention de douaire qui excede le coutumier, puiſqu'elle doit y être ramenée : elle eſt donc prohibitive d'un douaire, en tant que douaire qui excede le coutumier.

Ainſi pour connoître l'étendue de ces ſortes de Statuts négatifs, & ſi la négation emporte prohibition, & juſqu'à quel dégré, ce ſont ſouvent moins les termes que l'eſprit de chaque Coutume qu'il faut conſulter.

Dans le Statut ſimplement négatif, c'eſt la Loi qui ordonne, abſtraction faite du miniſtere de l'homme; mais dans le Statut négatif prohibitif, c'eſt au miniſtere & à l'action de l'homme à qui la Loi s'adreſſe; mais la prohibition ſe fait plus ou moins ſentir dans certains Statuts que dans les autres. Par exemple, dans ce Statut *donner* & *retenir ne vaut* : la négation s'apperçoit du premier coup d'œil; mais la prohibition ne s'apperçoit pas, comme dans ceux que nous venons d'alléguer : cependant il eſt bien certain qu'il n'y a pas de donation, ſi l'homme retient ce qu'il donne, & c'eſt pour l'empêcher de retenir que la Loi a établi cette regle, & tout cela regarde le miniſtere & l'action de l'homme.

Mais en voici un où la prohibition ſe fait moins ſentir encore, *propres ne remontent :* ce Statut eſt néanmoins prohibitif; car un homme ne pourroit pas ordonner que dans ſa ſucceſſion ſes propres remonteroient; cependant ce Statut ne renferme pas des termes de prohibition, & c'eſt ce qui fait voir combien il eſt difficile de donner des regles bien diſtinctives.

Une regle qui paroît certaine, eſt que le Statut dont la négation précede le verbe *peut*, eſt abſolument prohibitif, quand il y a un verbe négatif géminé. Par exemple, ſi un Statut diſoit, l'homme ne peut & n'a pas la liberté de faire, &c. *non poteſt, nec valet,* Chaſſeneuz, *conſ.* 51, *n.* 3.

L'impuiſſance qu'operent ces termes ne *peut*, n'eſt pas une impuiſſance d'état & de condition, quand ils n'ont leur relation qu'à quelques actes réels, & qu'ils ne défendent pas en conſéquence de l'état de la perſonne; c'eſt pour lors une impuiſſance pure réelle : car tel qui ne peut pas donner dans une Coutume, peut donner dans une autre; tel qui ne peut pas avoir don & douaire dans une Coutume, peut les avoir dans une autre.

Ainſi jugé en la Coutume d'Anjou, par Arrêt du 3 Décembre 1587, remarqué par Chopin, *L.* 3, *in conſ. Andeg. cap.* 2, *tit.* 3, *n.* 12 *&* 13, & par Lhommeau ſur la Coutume d'Anjou, *L.* 2, *art.* 310, encore même que le contrat de mariage eût été paſſé en une autre Coutume; ce qui ne peut pas opérer que don & douaire ſe prennent ſur les biens ſitués en une Coutume prohibitive, comme il a été jugé par Arrêt du 18 Juin 1649, en la cinquieme Chambre des Enquêtes, Voyez Brodeau, *art.* 323 de la Coutume du Maine. Voyez encore la note du même Auteur, ſur l'*art.* 310 de la Coutume d'Anjou, & Chopin en ſon Commentaire ſur cette Coutume, *lib.* 3, *cap.* 3, *tit.* 1, *n.* 18.

Quand les Loix ſont négatives prohibitives, la convention du contraire eſt nulle.

Mais la nullité en eſt, ou abſolue, ou purement relative: elle eſt abſolue, comme l'a fort judicieuſement obſervé M. le P. Bouhier, *ch.* 19, *n.* 12, quand elle eſt prononcée pour un intérêt public, pour une cauſe d'honnêteté publique, ou quelque autre conſidération politique; & elle eſt relative, quand la nullité n'eſt prononcée que par rapport à certaines perſonnes : dans le premier cas l'acte eſt radicalement nul, & comme non fait; dans le deuxieme il peut ſubſiſter, ſi les perſonnes en faveur de qui la nullité eſt prononcée, & qui ont la liberté de ſe pourvoir, ne jugent pas à propos de la demander, & veulent bien conſentir à l'exécution de l'acte.

Enfin on obſervera qu'il eſt certains Statuts même prohibitifs, qui par une Juriſprudence bien certaine, ne peuvent nuire & faire obſtacle aux conventions portées par contrats de mariage; ces contrats ſont aſſez volontiers exceptés des regles générales.

C'eſt en effet une maxime parmi nous qu'ils ſont ſuſceptibles de toutes clauſes qui ne ſont pas contre les bonnes mœurs

& contre le Droit public : c'eſt ainſi que par contrat de mariage on peut donner & retenir, changer l'ordre de ſuccéder, inſtituer qui bon ſemble pour héritier, ſauf la légitime, laquelle ne ſauroit être bleſſée même par contrat de mariage : la Loi qui la donne eſt à cet égard prohibitive indéfiniment & ſans reſtriction.

Il eſt auſſi des cas où par contrat de mariage on ne peut pas déroger aux Loix, lorſque, par exemple, les Loix le défendent dans le cas même de mariage : telle eſt la Coutume de Normandie, en l'*art.* 330 & *art.* 73 *des Placités.*

Nous avons dit ci-devant qu'il eſt des Coutumes où encore que le douaire n'y ſoit que viager, l'on pouvoit le ſtipuler propre aux enfants ; mais nous avons ajouté une limitation & reſtriction, ſi ce n'eſt qu'il y eût dans la même Coutume quelque autre diſpoſition contraire.

M. Froland, *ch.* 9, *pag.* 511 *&* 517, *& ch.* 11, *pag.* 530, rapporte quatre Arrêts rendus ſucceſſivement, tant dans la Coutume de Normandie, que dans celle de Poitou & de Touraine, qui vérifient notre exception, & qui ont jugé que le douaire préfix ne pouvoit excéder le coutumier dans ces Coutumes, parce qu'elles étoient négatives prohibitives ; ſavoir, deux en Normandie, le premier du 30 Décembre 1693, en la Grand'Chambre, qui jugea que la Dame du Fayot, veuve du ſieur de Glachant, ne pouvoit avoir, ni percevoir en ladite Coutume de Normandie le douaire préfix de 3000 livres pour chacune année, que ſon mari lui avoit conſtitué par ſon contrat de mariage paſſé à Paris, que juſqu'à concurrence & ſur le tiers ſeulement des biens ſitués dans cette Coutume de Normandie ; & le deuxieme du 23 Janvier 1703, auſſi en la Grand'Chambre, par lequel il fut dit que Charlotte le Fevre, veuve de Jacques du Ménage, ſeroit tenue de ſe pourvoir pour être payée de la ſomme de 3000 livres, qui lui avoit été donnée pour ſon douaire, par ſon contrat de mariage paſſé à Paris, ſur le tiers des biens qui avoient appartenu à ſon mari, dans la Province de Normandie, conformément à l'*art.* 371 de cette Coutume. Voyez Baſnage, *art.* 367 *&* 389.

Un troiſieme, du 28 Août 1677, pour la Coutume de Poitou, & qui eſt rapporté au Journal des Audiences, *tom.* 3, *liv.* 11, *ch.* 21, rendu en la cinquieme Chambre des Enquêtes, qui jugea qu'un douaire préfix de 600 livres par chacun an, ſtipulé

ſtipulé par un contrat de mariage paſſé en Angoumois, pour le paiement duquel le mari avoit affecté tous ſes biens, ne pouvoit être pris ſur les biens de Poitou, au-delà du douaire coutumier; la Coutume de cette Province, *art.* 259, ne permettant pas de ſtipuler un douaire préfix, qui ſoit plus conſidérable que le coutumier.

Il faut obſerver, pour ne pas s'y tromper, que l'Arrêt accorde à la veuve droit de ſe pourvoir ſur les autres biens du mari; en ſorte que ſi dans la Coutume de Poitou, il y eût eu, outre les propres, un bien libre, la veuve auroit eu ce qui pouvoit lui manquer dans les propres, ſur les acquêts & même au-delà du tiers des acquêts; la Coutume de Poitou, dans le cas où il y a des propres, n'ayant d'autre intention par toutes les prohibitions qu'elle contient, que de conſerver aux héritiers du ſang les deux tiers de ces propres *franchement & délivrement de toute libéralité.*

Enfin, M. Froland, *pag.* 551, cite comme le tenant de M. Maillard, Commentateur de la Coutume d'Artois, un quatrieme Arrêt du 7 Septembre 1711, contre Angélique de Crévant, qui demandoit ſur la terre de Rochet, ſituée en Touraine, où ſon pere avoit ſon domicile, un douaire préfix de 4000 livres, comme propre, en vertu de la ſoumiſſion à la Coutume de Paris, par lequel Arrêt rendu au profit de créanciers poſtérieurs au mariage, (*quod notandum*,) les deux tiers de cette terre furent déclarés libres & affranchis de ce douaire, conformément à l'*art.* 332, & cette terre étoit apparemment un propre, dont en cette Coutume on ne peut diſpoſer, ſoit entre vifs, ſoit par teſtament, que juſqu'à concurrence du tiers.

Nous venons d'obſerver que par deux Arrêts rendus au Parlement de Paris, il a été jugé que dans la Coutume de Normandie, l'on ne pouvoit pas ſtipuler un douaire plus fort que le tiers coutumier: il faut ajouter que, ſuivant la Juriſprudence des Arrêts du Parlement de cette Province, rendus en interprétation de l'*art.* 400, ce tiers coutumier ne peut être diminué par aucune convention: cette diſpoſition eſt certainement négative prohibitive: ſi des conjoints domiciliés ailleurs, mais ayant des biens ſitués en Normandie, étoient convenus d'un douaire qui ſeroit au-deſſous de cette quotité, comme d'une ſomme qui n'iroit qu'au quart ou au quint des biens de Normandie, cette convention n'auroit point lieu en Normandie,

à l'égard des enfants qui ſeroient en droit de prendre le tiers coutumier ſur les biens de cette Coutume; mais la convention auroit lieu à l'égard de la femme, aux termes de l'Article 375.

Mais les enfants pourroient-ils prendre en Normandie le tiers coutumier, comme étant dû indépendamment de toute convention, & ailleurs prendre encore le douaire convenu? Il eſt bien ſenſible que cela ne ſe peut, dès que la convention ſera remplie par les biens de Normandie. Ils ont ce que l'homme & la Loi vouloient leur donner; mais ſi la convention ſouffroit quelque réduction dans une Coutume, & que les autres biens du pere fuſſent répandus dans des Coutumes indifférentes, ſur le plus, ou le moins du douaire, ou même que ces Coutumes n'en exigeaſſent aucun, j'eſtimerois que ce qui ſeroit retranché de la convention, pourroit ſe prendre dans ces Coutumes qui ne ſont ni négatives, ni prohibitives.

La Coutume de Bourgogne doit être miſe, comme nous venons de l'obſerver, au nombre des Coutumes négatives prohibitives d'un douaire plus fort que le coutumier; mais comme dans cette Coutume il eſt permis, par contrat de mariage, aux futurs de ſe faire tels avantages qu'ils jugent à propos, il eſt aſſez d'uſage & de ſtyle, de ſtipuler un douaire préfix qui ſouvent excede le coutumier, lorſque, par exemple, le mari n'a aucuns fonds ſur leſquels on puiſſe régler le coutumier; mais, dans ce cas, on ſtipule par le contrat de mariage, qu'où le douaire actuellement convenu excéderoit le coutumier, le futur en fait don à la future, & pour lors l'excédant du douaire coutumier ne ſe prend pas à titre de douaire, mais à titre de donation permiſe dans cette Coutume: ſans cela, une infinité de femmes n'auroient point de douaire, leurs maris n'ayant aucuns fonds ſur leſquels on eût pu prendre le douaire coutumier, & en conſéquence régler le préfix. C'eſt ce qui eſt porté dans les Inſtituts du Droit Coutumier de Bourgogne, au *liv.* 3, *tit.* 4, où l'Auteur obſerve » que ſi le douaire divis excede le coutu-
» mier, il eſt réductible au coutumier, à moins qu'en le conſ-
» tituant, il n'ait été dit qu'en cas qu'il excédât le coutumier,
» le mari en faiſoit donation à ſa femme; ce qui eſt loiſible, les
» mariés pouvant ſe faire telle donation que bon leur ſemble
» par leur contrat de mariage:

» C'eſt ce qui ſe voit encore dans les Cahiers, pour l'intelli-
» gence de la même Coutume, *art.* 203, 204; la conſtitution

» du douaire divis excédant le coutumier, ſera ramenée au douaire
» coutumier.

» Mais cela n'empêche pas que les Parties puiſſent, en trai-
» tant le mariage, ſe faire telle donation que bon leur ſemblera,
» encore qu'elle excede le douaire coutumier, & ſera valable
» telle donation, ſuppoſé que par le contrat de mariage, il fût
» dit que moyennant ladite donation, la future épouſe renon-
» cera au douaire coutumier.

Ainſi, en Bourgogne, le douaire préfix ne ſauroit excéder le coutumier, en tant que douaire; mais une femme peut y être douairiere, juſqu'à concurrence du coutumier, & donataire de ce qui peut excéder; & ce qui ne vaut pas, comme douaire, vaudra comme donation, & je laiſſe aux Juriſconſultes de la Province à concilier ce ſyſtême avec la Note de Me Ch. du Molin ſur ce même Article. *Nec poſſunt pacta etiam dotalia futuri matrimonii huic conſuetudini derogare, ergò nec donationem majorem facere : aliàs fieret fraus de contractu ad contractum.*

L'économie de quelques-unes des Coutumes, comme Maine & Anjou, qui n'admettent pas don & douaire, eſt pour empêcher que la femme ne prenne l'un & l'autre ſur les biens ſitués en ces Coutumes, ſoit que les biens ſoient propres, ou acquêts; il eſt d'autres Coutumes où cette prohibition ne tombe que ſur les biens de réſerve, mais non pas pour empêcher que ces deux bénéfices ſe prennent ſur des biens libres, quoique ſitués en même Coutume. C'eſt ainſi que dans la Coutume de Poitou, le don & douaire préfix peuvent concourir; que le douaire préfix peut y être plus fort que le coutumier, pourvu qu'il ne ſoit pas reſtreint nommément ſur les propres, parce que l'*art.* 259 ne détruit pas les *art.* 209, 223 & 203, & qu'il ne s'entend que d'un douaire plus fort qui ſeroit donné à prendre ſur les propres, & qui excéderoit le tiers.

Ainſi dans ces Coutumes, quand le don & le douaire ſont accordés nommément ſur les propres, la convention s'exécute ſur ces propres, juſques à concurrence de la portion libre, & le ſurplus de la diſpoſition demeure ſans exécution : *fecit quod non potuit.* Mais ſi ces deux bénéfices ſont accordés en général, ſans déſignation d'aucuns biens particuliers, pour lors ils ſe prennent ſur tous les biens libres, parce qu'il n'y a que les réſerves coutumieres qui ſoient hors de la diſpoſition, & que

dans ce cas, le mari *fecit quod potuit ;* & c'est pour lors seulement qu'on peut dire, avec Rodenburgh, que la convention se convertit en action à exercer sur les biens libres. Ainsi jugé par Arrêt de 1587, pour la veuve du Président Braillon, rapporté par Chopin, sur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 2, *tit.* 3, *n.* 13. Voyez Duplessi. *pag.* 751.

Nous venons de dire que dans les Coutumes prohibitives d'un douaire préfix, plus ou moins fort que le contumier, il falloit ramener la convention pour la quotité, aux Loix de la situation. En faut-il dire de même pour régler la qualité de viager seulement à la femme, ou de propre aux enfants? Par exemple, le douaire est viager dans le domicile matrimonial, & il est convenu tel entre les conjoints; par l'événement ce douaire est à prendre sur des biens situés en Normandie, où nous venons de dire que le douaire ne pouvoit être augmenté ni diminué, & où le tiers coutumier, qui est le douaire de cette Coutume, est propre aux enfants.

En la Coutume de Paris, c'est un avis assez unanime, que l'on peut stipuler que la femme n'aura pas de douaire; & qu'en ce cas, les enfants n'en doivent pas avoir, parce que les enfants ne doivent avoir en propriété que le fonds dont leur mere doit avoir l'usufruit. M. le Bret, en ses Décisions, *liv.* 1, *décis.* 9, *Arrêt de* 1648, 2 *Mars*, *Journal des Audiences.*

Mais aussi c'est une Jurisprudence à Paris, que l'on n'y pourroit pas stipuler un douaire viager pour la mere, & non propre pour les enfants, à cause de l'*art.* 255.

His positis, si des conjoints mariés en Coutumes où le douaire est simplement viager, en stipulent un de cette nature; mais que par l'événement, ce douaire ainsi viager ne puisse se prendre que sur les biens situés à Paris, ou en Normandie, les enfants pourroient-ils prétendre, nonobstant la convention, que tel douaire doit leur être propre, conformément aux Coutumes de Paris, ou de Normandie.

On ne fait pas de difficulté que dans la these générale, la Coutume du domicile du mari autorisant la convention d'un douaire préfix & viager, elle doit être exécutée autant qu'elle peut l'être. On estime même que si les conjoints avoient stipulé un douaire en général, sans marquer s'il seroit propre, ou viager, la convention recevroit son interprétation de la Loi du domicile, & qu'il seroit propre, ou viager, selon que la Loi

du domicile matrimonial l'admettroit de l'une, ou l'autre nature. La raiſon en eſt que la convention du douaire préfix eſt un engagement perſonnel préſumé, fait en conformité de la Loi du domicile matrimonial, & qui, dans le doute, reçoit ſon interprétation de cette Loi ; & c'eſt ce qui a été jugé par Arrêt de la Cour des Aides, du 12 Mai 1694, rapporté au Journal des Audiences. Voyez Renuſſon, *ch.* 4 *du Douaire*, *n.* 17.

Mais la difficulté conſiſte en ce que tel douaire viager de convention expreſſe, ou préſumée, ſe prend par l'événement ſur les biens ſitués en Coutumes prohibitives négatives d'un douaire viager, comme celle de Paris, ou de Normandie.

Or, ſtipuler un douaire qui ne peut ſe prendre que ſur des biens ſitués en Coutumes où le douaire eſt néceſſairement propre aux enfants, & cependant le ſtipuler viager, c'eſt réduire en viager, pour la femme, un douaire que les Coutumes de la ſituation veulent être propre, & c'eſt heurter une Loi négative prohibitive.

A la bonne heure que pareil douaire viager ait lieu, quand les biens ſont ſitués en Coutumes qui ne ſont pas prohibitives; parce qu'en ce cas, la convention ne trouve aucun obſtacle.

M. Lebrun, en ſon Traité des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 5, *ſect.* 2, *n.* 26 *de l'édition de* 1735, *page* 332, *col.* 1, *in fine*, a décidé cette queſtion préciſément dans l'eſpece d'un mariage contracté dans une Coutume où le douaire eſt viager, & où les Parties, en ſtipulant un douaire, n'ont pas dit s'il ſeroit propre, ou viager, & il eſtime que, dans ce cas, ſi le mari a des biens ſitués en des Coutumes où il eſt propre aux enfants, ce douaire préfix ſera propre aux enfants, à proportion de ce qui ſe prendra ſur les biens ſitués dans ces dernieres Coutumes; la faveur des enfants empêchant, en ce cas, qu'on ne ſuive la Coutume du lieu, où le contrat a été fait, & c'eſt la diſpoſition de l'Arrêt du Parlement de Paris, du 7 Mars 1567, en faveur des enfants d'un nommé Savari, confirmatif de la Sentence du Lieutenant de Creſſi en Brie, ſuivant Charondas, en ſes Réponſes du Droit François, *liv.* 7, *ch.* 100, qui atteſte avoir été appellé au Jugement de la cauſe principale.

Cette même queſtion ſe trouve autrement décidée dans Auzannet, Article 255 de la Coutume de Paris, où il dit que l'aſſignat du douaire préfix ne change pas la nature d'icelui, *& ideo* le douaire conſtitué à Paris, par la convention & ſoumiſſion

du contrat, ou par la raison du domicile du mari, est propre aux enfants, suivant la Coutume de Paris, quoiqu'il ait été assigné sur des héritages sis en des Coutumes où le douaire n'est que viager.

M. Ferriere paroît avoir embrassé ce dernier avis dans sa grande compilation, & nous trouvons même que M. le Lieutenant-Civil le Camus, dans ses Observations sur toute la Coutume de Paris, *art.* 255, a tenu la même opinion; parce que, dit ce grand Magistrat, l'assignat particulier ne se considéreroit que comme une facilité pour se faire payer, mais sans rien changer de la nature du douaire.

On peut appuyer ce dernier sentiment d'un Arrêt du 4 Février 1623, rendu en la quatrieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Vertamont, rapporté par Vrevin, sur l'Article 120 de la Coutume de Chauny, par lequel des enfants furent déboutés de la propriété d'un douaire constitué à Montfort, où le douaire n'est que viager, encore qu'ils le demandassent sur des biens assis sous la Coutume de Paris.

Dans les Additions qui sont à la fin du Traité des Successions de Lebrun, *add.* 48, on prétend que pour juger si ce douaire préfix est propre, ou viager aux enfants, il faut s'attacher uniquement à la Loi du domicile matrimonial, sans considérer la Loi de la situation des biens sur lesquels ce douaire est à prendre. On n'est point touché du motif qui a déterminé M. Lebrun; c'est-à-dire, de la faveur que peuvent mériter les enfants. On emploie au contraire la réflexion d'Auzannet qui a remarqué que le douaire propre aux enfants, est très-préjudiciable au commerce, & entraîne avec soi de grands inconvénients; d'où l'on conclut que c'est la seule intention du pere qu'il faut considérer, qui se connoît par la Loi de son domicile, à laquelle il est présumé avoir voulu se conformer.

Pour concilier ces différents avis, il me paroît nécessaire de distinguer les Coutumes prohibitives d'avec les Coutumes purement négatives : si le douaire se prend dans ces dernieres, je ne fais pas de difficulté que le douaire préfix de la nature qu'il aura, soit *in vim consuetudinis*, soit *in vim conventionis*, subsistera tel qu'il est, parce que les Coutumes de la situation étant aptes à admettre l'un & l'autre douaire, puisqu'elles sont simplement négatives, c'est la Loi du domicile matrimonial, ou la convention qui décident de la nature du douaire; l'assignat

ſur ces Coutumes n'en change pas la nature, & la femme, & les enfants le prennent tel que le détermine cette Loi du domicile matrimonial.

C'eſt ainſi que cela a été jugé dans les Coutumes de Bourbonnois & de Péronne.

La Coutume du Bourbonnois, *art.* 249, porte, *que douaire coutumier, ou conventionnel, eſt éteint & fini par le trépas de la femme.*

Cette diſpoſition eſt négative & non prohibitive d'une convention de douaire propre aux enfants : auſſi par Arrêt du 5 Mai 1602, rapporté par M. Bouguier, *Lettre D. n.* 16, il fut jugé au profit des enfants, que le douaire préfix ſtipulé à Paris, par un pere qui y étoit domicilié, ſeroit pris ſur les biens du Bourbonnois; encore que le douaire n'eût pas été ſtipulé propre : pareil Arrêt du 23 Juin 1663, rendu en la cinquieme Chambre des Enquêtes, pour les terres de Forêt & Biermont, ſituées dans la Coutume de Péronne; enfin il y en a encore un autre rendu en 1673, pour des biens ſitués en la Coutume de Montfort. Voyez l'Arrêt du 28 Février 1676, rapporté au Journal du Palais.

Mais quand les biens ſur leſquels ſe prend le douaire, ſont ſitués en Coutumes négatives prohibitives d'un douaire convenu propre ou viager, il faut ſuivre la Loi de la convention, ou la Loi de la ſituation des biens.

Par exemple, le douaire ſtipulé propre à Paris, ſera à prendre ſur les biens de Bretagne, où l'on ne peut pas donner à ſon héritier préſomptif : tel douaire ſera-t-il propre en Bretagne? Non, répond M. de Perchambaut, *tit.* 1, *des Juſtices*, §. 7, & c'eſt auſſi la déciſion de Hévin, *conſult.* 98, 99 & 100.

Cependant on rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, du 31 Mars 1683, qui a jugé que le douaire ſtipulé propre à Paris, ſe prendroit par les enfants ſur les biens même de Bretagne; mais voici comme parle le même M. de Perchambaut en ſa petite Coutume, *art.* 200 : il fut jugé directement contre la raiſon au Parlement de Paris, en faveur de Me du Tierſans, (c'eſt l'Arrêt de 1683,) quand on ordonna qu'un douaire ſeroit propre aux enfants, pour les biens ſitués en Bretagne, parce que c'eſt un don fait à des héritiers que cette Coutume a réprouvé. Voyez la 31 conſult. à la fin des Œuvres de Dupleſſis, *pag.* 190 & 798.

En 1701, ſe préſenta la queſtion de ſavoir ſi par un contrat de mariage paſſé à Paris, ayant été accordé pour douaire aux enfants, le tiers des biens de Bretagne, ce douaire devoit avoir lieu au préjudice des enfants d'un ſecond lit, dont l'un, comme aîné prenoit les deux tiers.

Sur cette queſtion les parties formerent une inſtance en réglement de Juges, ſuivant le témoignage de M. Perchambaut en ſon Commentaire ſur la Coutume de Bretagne, *art.* 685, *pag.* 811, entre Paris & Bretagne, les uns perſuadés qu'ils gagneroient leur Procès au Parlement de Paris, & les autres au Parlement de Bretagne. M. Perchambaut nous dit ce qui fut jugé par rapport au réglement de Juge; mais il ne nous apprend point ce que l'on jugea ſur la queſtion du fond au Parlement de Bretagne, où les Parties furent renvoyées : il obſerve que c'eſt une prévention des Officiers de Paris, qui ne peuvent s'ôter de l'eſprit que tout ce qui eſt compris dans les actes qui ſont faits à Paris, doit s'exécuter dans tout le Royaume, nonobſtant les Coutumes contraires. Mais oſerai-je le demander? la prévention ne ſeroit-elle point de la part de M. Perchambaut? Le droit de juger du Parlement de Paris, n'eſt pas fixé ſur des ſujets d'un certain lieu, d'une ou de pluſieurs Provinces : tous les ſujets du Roi dans quelque endroit qu'ils demeurent, peuvent être ſes juſticiables : il ne connoît de bornes que celles du Royaume; ſon droit même s'étend juſques ſur des conteſtations qui naiſſent au-delà; mais en même-temps ſes lumieres ſont auſſi étendues que ſon pouvoir, & la balance à la main, il reſpecte les Loix de toutes les Nations, & ſa juſtice ſait en faire un uſage, & une application très-juridique.

En effet, ne juge-t-on pas tous les jours au Parlement de Paris, dans le cas de convention que les plus légitimes & les plus autoriſées par la Loi du domicile ſont arrêtées dans la ſuite, lorſqu'il s'agit de les exécuter ſur des biens ſitués en Coutumes qui diſpoſent autrement?

Un homme vend un bien ſitué dans une Coutume où ce bien eſt de libre diſpoſition; mais à l'occaſion de cette vente, il naît des actions en garantie : l'acquéreur veut exercer une garantie hypothécaire ſur des biens ſitués en Coutumes, où il n'eſt pas permis au vendeur de les hypothéquer; l'action pour

la

la garantie ne pourra pas s'exercer ſur ces biens. Baſmaiſon, *art.* 9, du *tit.* 4 de la Coutume d'Auvergne.

Un homme legue une ſomme de deniers, qui ne peut ſe prendre que ſur ſes propres, & qui excede la portion dont il eſt permis de diſpoſer; il eſt certain que le legs ſera réductible juſqu'à concurrence de la portion permiſe : c'eſt le ſujet de la note de Me Ch. du Molin, ſur l'*art.* 4 de l'ancienne Coutume d'Amiens, qui eſt le 57 de la nouvelle, qui porte qu'on ne peut diſpoſer par teſtament des propres, ſinon du quint ſeulement, ſur ces derniers mots, voici la note de Me Ch. du Molin, *etiamſi non diſponat de hærediis, ſed de certa ſumma, in quantum capienda eſſet ſuper hærediis, quia alioquin hæredia diffinitive adjudicarentur;* & le principe de cette déciſion eſt qu'il n'eſt pas permis de déroger à une Loi publique, négative prohibitive : *non poſſunt pacta dotalia huic conſuetudini derogare*, & Chopin ſur Paris, *lib.* 1, *tit.* 2, *n.* 22, admet le même principe, *utcùmque enim patriæ conſtitutioni derogetur dotalibus pactis, nemini licet privatâ cautione refragari publicæ legi negativæ & prohibitoriæ*, & cela me paroît ſans difficulté. Voyez Lebrun des ſucceſſions, *liv.* 2, *ch.* 1, *ſect.* 1, *n.* 29.

Quel peut donc être l'effet d'un aſſignat en matiere de douaire? Je dis qu'il faut ſuivre la Loi de la convention, tant que les biens ſur leſquels le douaire ſe prendra, ſeront ſitués en Coutumes indifférentes, ou ſimplement négatives; mais que ſi elles ſont prohibitives négatives, ſoit par des diſpoſitions préciſes, ſoit par des ſuites d'autres diſpoſitions, comme en Bretagne, où l'héritier préſomptif ne ſauroit rien poſſéder qu'à titre d'héritier, il faut rejetter la convention pour ne pas heurter la Loi de la ſituation. Voyez la 27e Conſultation de M. Dupleſſis.

A plus forte raiſon faudroit-il dire la même choſe ſi l'aſſignat étoit limitatif : il eſt vrai que Baquet en ſon Traité des Droits de Juſtice, *ch.* 15, *n.* 50, prétend que tel aſſignat contient taiſible délaiſſement & tranſport de l'héritage, ſur lequel le douaire eſt aſſigné juſqu'à concurrence d'icelui; mais ce délaiſſement ne peut être que relatif à la convention, & cette convention eſt contraire à la Loi de la ſituation.

En ſorte que la Coutume de Paris, ſelon notre Juriſprudence, étant négative prohibitive d'un douaire purement viager, & les conjoints ne pouvant faire exécuter leur volonté que ſur

des biens de Paris, l'avis de Lebrun, entendu dans le cas d'une Coutume prohibitive, ne me paroît pas conforme aux principes. En effet, pour rendre un douaire propre de viager qu'il eſt par la Loi, ou par la convention expreſſe ou préſumée, il faudroit changer ſon être & ſa création, & c'eſt ce qui répugne; en ſorte que dans ces cas il faut regarder les biens ſitués en Coutumes prohibitives, comme s'ils n'exiſtoient pas, ſans préjudice aux enfants de profiter des avantages que les Coutumes peuvent leur donner, & qui ſont indépendants du douaire de leur mere, comme eſt dans la Coutume de Normandie le tiers coutumier.

Cette déciſion n'eſt pas, comme l'on voit, fondée ſur ce qu'un douaire, lorſqu'il eſt propre, gêne le commerce, & engendre quelquefois des procès. En effet, les conventions les plus reſpectables de la ſociété, & les plus indiſpenſables n'en engendrent-elles pas tous les jours? Ce n'eſt pas d'un autre côté qu'on ne ſoit touché de la raiſon que Lebrun apporte pour autoriſer l'avis qu'il a embraſſé, qui eſt que toutes les Coutumes qui déclarent le douaire propre aux enfants, le regardent comme une reſſource aſſurée pour eux dans le déſordre des affaires de leur pere; il n'y a peut-être rien de plus indiſpenſable pour le bien même de la ſociété, que de mettre les peres hors d'état de laiſſer leurs enfants ſans la moindre ſubſiſtance: Mais cette conſidération doit-elle l'emporter ſur le reſpect que l'on doit avoir pour des conventions autoriſées par les Loix des contractants?

Quand le douaire ſtipulé préfix dans des Coutumes où on a la liberté de le ſtipuler ſi ample que l'on veut, eſt à prendre dans des Coutumes prohibitives d'un douaire plus fort que le coutumier, & ſur des biens prohibés, il eſt certain qu'on le réduit juſqu'à concurrence du coutumier, parce qu'il faut ſe conformer à la diſpoſition réelle de la ſituation: car encore que le conſentement ſoit incorporel, *& extendat ſe ad omnem locum*, comme dit Balde ſur la Loi, *multum intereſt C. ſi quis alteri, vel ſibi*, il faut qu'il faſſe joug à la Loi du lieu où il veut être effectué, autrement il eſt nul. V. Béraut, *art.* 440 de la Coutume de Normandie: jugé par Arrêt du 7 Septembre 1711, cité *pag.* 551 des Mémoires ſur les Statuts de M. Froland; pourquoi, *à ſimili*, ne ſe conformeroit-on pas à la Loi de la ſituation, quand elle eſt prohibitive d'un douaire purement viager, non pas pour le rendre propre, mais pour le rejetter?

Voyez néanmoins ſur ces queſtions, Béraut, *art.* 371 de la Coutume de Normandie, & Godefroy ſur le même Article; Buridan, *art.* 57 de la Coutume de Vermandois.

L'Arrêt rapporté par Vrevin, ſur l'*art.* 120 de la Coutume de Chauny, du 4 Février 1623, ci-deſſus cité, ſembleroit autoriſer une diſtinction en cette matiere : car Vrevin donne pour motif à cet Arrêt, que les enfants demandoient le douaire de leur mere, qui n'étoit que viager dans ſon principe, & que jamais leur mere n'avoit eu droit d'exercer ſon action, parce qu'elle étoit prédécédée.

Ainſi, ſelon cet Auteur, tout ce que nous avons dit précédemment devroit être reſtreint au cas où la mere ſurvit, parce que c'eſt dans ce cas ſeulement que prenant ſon douaire ſur des biens ou le douaire eſt propre, les enfants doivent en profiter; mais quand le douaire eſt dans le principe viager, & que la femme prédécede, jamais les enfants ne peuvent prétendre de douaire, puiſque leur mere n'a jamais eu aucune action; mais je ne ſais ſi cela paſſera ſans contradiction.

Notre Auteur paſſe à une autre queſtion, & il eſtime, 1°, que le douaire coutumier ne ſe prend que ſur les biens ſitués dans l'étendue du domicile matrimonial, ſi ce n'eſt que cette Loi matrimoniale le donne nommément ſur tous les biens du mari en quelque endroit qu'ils fuſſent ſitués, auquel cas il faut conſidérer ſi la Loi de la ſituation rejette un pareil douaire ou non. Au premier cas, la femme n'aura pas de douaire dans le lieu de la ſituation; mais elle l'obtiendra par action perſonnelle réſultante de la diſpoſition de la Loi matrimoniale. AUTRE QUESTION.

2°. Que ſi la Loi matrimoniale n'accorde pas de douaire, & que la Loi de la ſituation en accorde, la femme regardée comme étrangere dans la Coutume de la ſituation, n'en aura pas ſur ces biens, ſi ce n'eſt que cette Coutume l'accorde à titre héréditaire, ou par forme de legs qu'elle feroit à la femme.

Examinons en peu de mots ces différentes déciſions.

Premiérement, il n'eſt pas de nos mœurs que la femme réduite au douaire coutumier, ne puiſſe le prétendre hors la Coutume du domicile matrimonial, qu'autant que cette Coutume du domicile le donne encore nommément ſur tous les autres biens ſitués ailleurs : le douaire coutumier eſt un droit réel que nos Coutumes accordent aux femmes veuves, en leur qua-

lité de veuves, & le droit général eſt même que ce douaire n'eſt pour elles qu'un ſimple uſufruit, & que la propriété en appartient aux enfants.

Je ne ſais pas même s'il y a aucunes Coutumes qui donnent nommément le douaire ſur les biens du mari, ſitués hors l'étendue du domicile matrimonial : s'il y en avoit, le douaire n'auroit pas lieu ſur ces biens en vertu de la Loi du domicile ; mais ſeulement en vertu de la Loi de la ſituation.

C'eſt pourquoi l'on peut diſtinguer trois ſortes de Coutumes : car, ou la Loi de la ſituation eſt prohibitive de tout douaire, ou elle eſt muette, ou elle l'admet, ſoit dans la même quotité que la Loi du domicile matrimonial, ſoit dans telle autre quotité, plus ou moins grande.

Si la Loi de la ſituation eſt prohibitive de tout douaire, il eſt certain que la femme n'en doit pas avoir dans cette Coutume, parce que le douaire coutumier étant un préſent de la Loi, & n'étant fondé que ſur la Loi, on ne peut le tenir que de la Loi qui régit les immeubles : ce douaire conſiſte, ou en ſimple uſufruit, ou en propriété ; dans l'un & dans l'autre cas ce ſont des droits réels qui dépendent de la Loi de la ſituation. Voyez M. Louet, *Lett. D. Somm.* 44.

Si la Coutume de la ſituation eſt muette, la veuve ne ſauroit encore avoir de douaire coutumier ſur les biens ſitués en cette Coutume, par la raiſon que nous venons d'alléguer ; c'eſt la Loi ſeule qui donne le douaire coutumier : raiſon pour laquelle il eſt appellé coutumier & ſtatutaire, c'eſt-à-dire, douaire de la Loi ou de la Coutume : la diſpoſition de la Loi du domicile matrimonial, pour ces ſortes de droits réels, n'a rien de commun avec ce que peut ordonner ou ne pas ordonner la Loi de la ſituation : ſi celle-ci eſt muette, de quel droit celle du domicile matrimonial voudroit-elle la faire parler & étendre ſes diſpoſitions ? Chaque Coutume diſpoſe des biens qui lui ſont ſoumis, comme elle juge à propos.

Il eſt vrai que la Loi de la ſituation étant muette, on peut conventionnellement y porter les diſpoſitions d'une autre Coutume ; mais c'eſt en vertu d'une convention préciſe, qui dans ces Coutumes ne reçoit point d'obſtacle, attendu qu'elles ſont muettes ; mais quand il n'y a pas de convention, il faudroit que la Loi d'un lieu pût avoir force & autorité dans un autre, & cela ne ſe peut : ſon autorité eſt bornée.

Ce que nous venons de dire par rapport aux Coutumes qui ne parlent pas du douaire, doit s'appliquer aux Coutumes qui n'en accordent point, de droit, mais qui autoriſent que les conjoints en ſtipulent, comme la Rochelle, *art.* 45, Saint-Jean-d'Angély, &c. parce que ces Coutumes n'en donnent pas ſans convention; & dans notre eſpece les conjoints ne pouvant prétendre que le douaire de la Loi, il n'eſt pas poſſible qu'ils en puiſſent prétendre dans ces Coutumes où il faut néceſſairement une convention.

Que ſi la Loi de la ſituation donne un douaire pareil à celui du domicile matrimonial, la veuve l'aura dans l'un & dans l'autre endroit, non pas parce qu'une Loi dominera ſur l'autre, mais parce que chaque Loi dominera par elle-même.

Enfin ſi la Loi de la ſituation le donne plus, ou moins fort que celui accordé par la Loi du domicile matrimonial, la veuve recevant des mains ſeules de la Loi, le prendra tel que chaque Loi le lui préſente, ſans pouvoir outre-paſſer les termes.

De maniere que ſi dans le lieu du domicile matrimonial, le douaire coutumier eſt ſimplement viager, mais qu'il ſoit propre dans le lieu de la ſituation, il ſera viager dans l'un, & propre dans l'autre.

C'eſt ainſi que par Arrêt du 7 Mars 1567, rapporté par Tronçon, *art.* 256 de la Coutume de Paris, il a été jugé que des conjoints étant mariés & domiciliés en la Coutume de Meaux, où le douaire coutumier n'eſt que viager à la femme, & non propre aux enfants, leurs enfants devoient avoir pour douaire coutumier, la moitié d'une maiſon en propriété, ſiſe à Paris, appartenante à leur pere. Tronçon en donne la raiſon : c'eſt que les douaires coutumiers ſont réputés immeubles, & ſe reglent diverſement, ſuivant les Coutumes des lieux où les héritages ſont ſitués.

Renuſſon, en ſon Traité du Douaire, *ch.* 5, *n.* 28, propoſe une eſpece dans laquelle il fait uſage des principes ci-deſſus.

» Mœvius, originaire du Pays du Maine, vient s'établir à » Paris; il ſe marie; il y paſſe ſon contrat de mariage; ſon » bien conſiſte en quelques immeubles ſitués en la Coutume » du Maine. Par le contrat de mariage, il n'étoit rien dit tou- » chant le douaire; la femme décede, & après elle ſon mari, » laiſſant trois enfants. Le mari, depuis ſon mariage, avoit » vendu ſes héritages ſitués en la Province du Maine. Les en-

» fants, après le décès du pere, renoncent à sa succession, & » déclarent qu'ils se tiennent au douaire, & font assigner ceux » auxquels leur pere avoit vendu ses héritages qui étoient situés » au Pays du Maine, pour être condamnés à se départir de la » possession & jouissance du tiers des héritages qu'ils ont ac- » quis de leur pere, & à en rapporter les fruits.

» Les acquéreurs se défendent, & disent que par la Coutume » du Maine, où les héritages sont situés, le douaire est seule- » ment viager pour la femme, & n'est pas propre aux enfants; » que le pere avoit été en droit de vendre les héritages à lui » appartenants; que la mere étant décédée avant le pere, les » enfants n'ont point de douaire à prétendre sur les héritages » par eux acquis, & qu'ils doivent être renvoyés de leur de- » mande.

» Les enfants au contraire, disent que le contrat de mariage » de leur pere & mere ayant été passé à Paris, où le douaire est » propre aux enfants, ils sont bien fondés à prendre douaire » coutumier sur les héritages qui appartiennent à leur pere au » temps de son mariage, quoique situés en la Coutume du Mai- » ne, où le douaire coutumier n'est que viager; qu'il est bien » vrai que le douaire coutumier des enfants doit être réduit » au tiers des héritages qui sont situés dans la Coutume du » Maine; mais qu'il est propre, & qu'il en faut juger de mê- » me, comme si par le contrat de mariage on avoit expressé- » ment stipulé que le douaire coutumier seroit propre aux en- » fants sur les héritages situés au Maine.

» Les enfants, dit Renusson, sont sans doute mal fondés » dans leur prétention: la raison est que les pere & mere n'ayant » rien dit, par leur contrat de mariage, du douaire, on doit » régler le douaire suivant la disposition de la Coutume où les » héritages sont situés; les pere & mere sont censés n'avoir » point eu d'autre volonté, puisqu'ils n'ont fait aucune stipu- » lation contraire; il faut suivre purement & simplement la » disposition des Coutumes; c'est-à-dire, que si le pere avoit » des héritages situés dans la Coutume de Paris, le douaire cou- » tumier seroit propre aux enfants; mais que le pere n'ayant » que des héritages situés au Pays du Maine, où le douaire est » viager, ils n'ont rien à prétendre, se disant douairiers.

Je ne connois qu'un Auteur François, qui est Chaline, qui, dans sa Méthode générale des Coutumes, *reg.* 14, *premiere*

partie, huitieme exemple, prétend que le douaire coutumier eſt un privilege ſpécial & perſonnel, une grace particuliere qui ne doit pas être étendue aux perſonnes qui demeurent aux autres Coutumes.

Le douaire coutumier eſt tellement réel, qu'il ne dépend, en aucune maniere, du domicile : en quelque Coutume que le mari ait été domicilié au jour de ſon mariage, ſa veuve a droit de douaire coutumier en ſimple uſufruit pour elle, ou propre à ſes enfants, ſelon que la Loi de la ſituation l'accorde.

Ainſi la Coutume du domicile matrimonial peut n'en point accorder ; mais la veuve en aura où la Loi de la ſituation en donne : & ſi la Loi du domicile matrimonial en accorde, & que la Loi de la ſituation n'en accorde pas, elle n'en aura pas, & les enfants en auront en propre dans une Coutume, & n'en auront pas dans l'autre, ſelon la diſpoſition de la Loi de la ſituation.

Quand la femme eſt réduite au douaire coutumier, & que les biens du mari ſont ſitués, partie en Coutumes où le douaire eſt viager, & partie dans une Coutume qui accorde aux enfants une portion des biens de leur pere, pour leur tenir lieu de douaire, laquelle portion ne peut leur être ôtée par aucune convention, ſi les créanciers antérieurs au douaire, font vendre les biens ſitués dans cette derniere Coutume ; il a été jugé que les enfants n'avoient point de récompenſe ſur les biens ſitués en Coutumes où le douaire eſt viager, de la propriété qu'ils perdent, & ce, par Arrêt de 1690, rapporté au ſecond tome du Journal du Palais, *page* 1002, dans l'eſpece ſuivante.

Par l'Article 400 de la Coutume de Normandie, la propriété du tiers deſtiné par la Coutume, pour le douaire de la femme, eſt acquiſe aux enfants, du jour des épouſailles, ſans que le mari puiſſe le vendre, engager, ni hypothéquer.

Dans les Provinces d'Anjou, du Maine & Perche, le douaire n'eſt pas propre aux enfants ; ce n'eſt qu'un uſufruit pour la femme.

Le ſieur Céſar de Langan avoit épouſé Dame Charlotte de Conſtantin.

Il avoit des biens ſitués au Perche & au Maine, & en Normandie ; ſa veuve avoit fait vendre ceux de Normandie pour la répétition de ſa dot : il reſtoit des créanciers poſtérieurs.

Les enfants prétendoient qu'au moyen de la vente des biens de Normandie, ils avoient un recours & une récompenſe pour leur douaire coutumier, ſur les biens du Perche & du Maine; ce qui avoit été jugé par Sentence de Mortagne, & ce qui fut infirmé par l'Arrêt ci-deſſus, par le principe que les enfants ne réclamant que le droit accordé par la Coutume de Normandie, & les Coutumes étant réelles, celle de Normandie, qui donne la propriété du tiers des biens du mari aux enfants du mariage, n'agit & n'a effet que ſur les biens de Normandie, qui étant vendus pour une cauſe antérieure au mariage, doivent être regardés comme n'ayant jamais été *in bonis* du mari.

Lebrun, en ſon Traité des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 5, *ſect.* 2, *n.* 57, décide au contraire que les enfants pourront demander douaire dans les autres Coutumes où il n'eſt que viager, par une eſpece de ſubrogation du douaire, ou plutôt de l'hypotheque du douaire, & que les dettes antérieures étant réparties ſur toutes les Coutumes, les enfants doivent avoir dans les Coutumes de viage, ce qu'ils perdent dans les Coutumes de propriété.

Cette déciſion de M. Lebrun préſuppoſe une convention de douaire propre aux enfants, & qui donne une hypotheque; ce qui ne ſe rencontroit pas dans l'eſpece du ſieur Marquis de Langan. Il faut convenir que ce que décide ici M. Lebrun, eſt plus d'accord avec notre Juriſprudence actuelle: car on a jugé pluſieurs fois, tant au Châtelet, qu'au Parlement, que dans le cas d'une carence de biens ſuffiſants, ſi les créanciers hypothécaires qui avoient droit, tant ſur les meubles de leur débiteur, que ſur ſes immeubles, étoient payés entiérement ſur les immeubles, ceux des créanciers hypothécaires ſur qui les fonds manquoient, pouvoient, comme ſubrogés aux droits des créanciers payés, ſe venger ſur les meubles, & prendre la part & portion que les créanciers payés auroient pu avoir dans la contribution des meubles; parce que dans une inſuffiſance de biens, les créanciers hypothécaires devoient, pour leur paiement, ſe venger, tant ſur les meubles, que ſur les immeubles, puiſque les uns & les autres leur étoient également obligés.

AUTRE QUESTION *Qui approche bien de la précédente.*

Un homme eſt marié dans la Coutume de Paris; il doue ſa femme d'un douaire préfix, avec faculté d'opter le coutumier, ſuivant l'Article 262; mais le mari qui a d'ailleurs un mobilier ſuffiſant pour acquitter le douaire, n'a des biens ſujets

jets au douaire coutumier, que dans des Coutumes qui le font viager, avec prohibition, la femme pourra-t-elle opter le douaire coutumier, au préjudice de ſes enfants ?

On dit, d'une part, que la femme ayant l'option de l'un, ou l'autre douaire, elle uſe de ſon droit, quand elle opte le coutumier ; qu'elle peut conſulter ſes intérêts par préférence à ceux de ſes enfants ; que d'ailleurs, en optant le coutumier, elle ramene les choſes à la diſpoſition des Loix, au point où on auroit pu les placer lors du contrat de mariage, en ſtipulant un douaire coutumier, ou en n'en ſtipulant point. La femme pouvoit même ſtipuler qu'elle n'auroit point de douaire, & ſes enfants n'en auroient pas eu, *quæ invidia* qu'elle en ait, & que ſes enfants n'en aient pas, quand la Loi de la ſituation le veut ainſi ?

D'un autre côté, l'on dit que la femme mariée à Paris, a un douaire néceſſairement propre aux enfants ; que les enfants ont un droit certain du jour de la célébration du mariage, auquel les pere & mere ne peuvent toucher, & que l'option poſtérieure de la mere ne ſauroit préjudicer aux enfants.

Pour moi j'eſtimerois qu'il n'y a point de fraude dans l'option de la mere : elle uſe de la faculté à elle accordée par ſon contrat de mariage ; elle opte le douaire coutumier pour ſon utilité & ſon avantage : les enfants n'ont point à ſe plaindre ; ils doivent céder aux circonſtances : ſi leur pere n'avoit fait aucune convention, ils n'auroient point de douaire, puiſqu'il n'a aucuns biens où le douaire ſoit propre ; s'il en avoit fait une, mais qu'il ne laiſſât rien, ils n'en auroient pas encore, & ils doivent prendre les choſes comme elles ſe trouvent naturellement, & ſans fraude : ſi les créanciers antérieurs au douaire, avoient fait vendre les biens ſitués dans des Coutumes où le douaire coutumier eſt propre, & qu'il ne reſtât des biens que dans des Coutumes où le douaire n'eſt que viager, on a jugé par l'Arrêt de Langan, dont nous venons de parler, que les enfants n'auroient pas de douaire, & c'eſt, je crois, le cas où cet Arrêt pourroit avoir lieu.

AUTRE QUESTION.

Voici encore une eſpece ſinguliere dont je crois être obligé de rendre compte, d'autant plus que l'ayant déja rapportée en mes Queſtions Mixtes, *Queſtion* 12, dans un temps où je n'étois inſtruit que ſur le Mémoire d'une des Parties, le procès

m'a depuis passé par les mains, & j'ai reconnu que les Parties de part & d'autre, avoient fait consister le point de la difficulté dans une question fort étrangere, & n'avoient point présenté le véritable objet de décision.

François Marque, sieur de Chessi, domicilié à Paris, se maria avec Demoiselle Marie-Jeanne Marcel.

Par le contrat de mariage passé à Paris, le 12 Janvier 1712, les Parties stipulerent qu'il n'y auroit point de communauté entre eux; il ne fut parlé d'aucun douaire.

François Marque avoit une partie de ses biens en Bourgogne; il y fut avec sa femme, pour quelques affaires, & il y mourut le 27 Avril 1713, mais toujours domicilié à Paris.

Après son décès la Dame Marcel sa veuve, forma sa demande en délivrance de douaire, notamment sur les biens de son mari, sis en Bourgogne.

Antoine Marque, frere de François, lui contestoit son douaire sur les biens sis en Bourgogne. Le seul & unique moyen qu'on lui fit proposer pour lors, étoit que François Marque avoit été marié à Paris, & non selon la Coutume générale de Bourgogne; & que pour profiter du douaire en Bourgogne, il falloit être marié selon la Coutume générale du Duché de Bourgogne, suivant l'Article 25 de ladite Coutume, qui est l'*art.* 6 du *ch.* 4, dont voici les termes. *Femme mariée selon la générale Coutume de Bourgogne, est douée, après le trépas de son mari, sur la moitié des héritages anciens de sondit mari, dont il est mort vêtu & saisi, pour en jouir durant sa vie, &c.*

Les Parties, de part & d'autre, réduisoient la question à savoir si ces termes de l'Article ci-dessus, *selon la Coutume générale de Bourgogne*, devoient être liés avec les précédents, *femme mariée*, de sorte qu'il fallût entendre l'Article, d'une femme dont les conventions de mariage seroient référées à la Coutume générale de Bourgogne, ou si l'on devoit les faire tomber sur le surplus de l'Article; de sorte qu'il fallût entendre l'Article, *de toute femme mariée qui est dès ce moment douée suivant la Coutume générale de Bourgogne;* dans le Mémoire de la Dame Marcel, qui me tomba entre les mains, *ne verbum quidem* de cette circonstance essentielle, qu'il n'y avoit point de communauté entre le mari & la femme: l'on ne pensa nullement, de la part d'aucune des Parties, ni à opposer les *Art.* 19 & 20 *du Ch.* 4 de cette Coutume, ni à répondre aux conséquences qui en résultent.

Ces Articles portent, » que la femme qui renonce avec les » formalités qui y ſont preſcrites, ſera quitte des dettes de ſon » mari & d'elle, & avec ce, ne prendra aucun douaire coutu- » mier ou divis ſur les biens de ſondit mari ; » d'où il étoit aſſez conſéquent de conclure que puiſque dans cette Coutume, la femme qui renonce à la communauté n'a point de douaire, celle non commune & au profit de laquelle il n'avoit été ſtipulé aucun douaire, n'en devoit avoir aucun ; le moyen du moins méritoit bien d'être propoſé, mais il ne le fut point.

Auſſi par le premier Arrêt, qui intervint le 25 Janvier 1724, il fut ordonné que les Parties ſe retireroient par devers les Gens du Roi du Parlement de Bourgogne, pour avoir un acte de notoriété dudit Parlement, par lequel ils marqueroient ſi une femme mariée dans la Coutume de Paris, à un homme originaire de Bourgogne, & qui y a la plus grande partie de ſes biens, mais qui étoit domicilié à Paris lors du mariage, dont le contrat de mariage eſt paſſé pardevant deux Notaires à Paris, dans lequel il n'y a aucun douaire ſtipulé, & qui eſt décédé en Bourgogne, où il étoit allé avec ſa femme, doit avoir un douaire coutumier ſur les biens de ſon mari, ſitués en Bourgogne, ainſi qu'elle l'a ſur les biens ſitués dans la Coutume de Paris, pour ledit acte de notoriété rapporté à la Cour, &c.

Les Avocats du Parlement de Bourgogne furent conſultés ſur la queſtion, telle qu'elle eſt poſée dans l'Arrêt : quatorze furent d'avis qu'il n'étoit pas dû de douaire ſur les biens ſitués en Bourgogne, & douze furent d'avis qu'il en étoit dû. J'aurois ſouhaité pouvoir donner au Public ces deux Conſultations ; mais je n'ai pu recouvrer que celle qui ſuit.

» L'on demande ſi une femme mariée dans la Coutume de Pa- » tis à un homme originaire de Bourgogne, & qui y a la plus » grande partie de ſes biens, mais qui étoit domicilié à Paris » lors du mariage, dont le contrat de mariage y a été paſſé par- » devant deux Notaires, à Paris, dans lequel il n'y a aucun » douaire ſtipulé, & qui eſt décédé en Bourgogne, où il étoit allé » avec ſa femme, doit avoir un douaire coutumier ſur les biens » de ſon mari ſitués en Bourgogne, ainſi qu'il lui a été adjugé » ſur les biens de ſon mari ſitués dans la Coutume de Paris, » par un Arrêt du même Parlement, du 25 Janvier 1724, ſi » cette queſtion a été jugée par quelques Arrêts du Parlement » de Bourgogne, & comment.

» Les Conseils soussignés répondent qu'ils n'estiment pas que » l'on puisse trouver aucuns préjugés sur la question, parce » qu'il n'y a pas apparence qu'elle ait pu être mue.

» La raison est que la disposition d'une Loi municipale, ne » comprenant que ce qui est dans l'étendue des lieux qu'elle » régit, ne peut jamais, & en aucuns cas, se porter ni avoir » force dans les autres qui n'y sont pas sujets.

» Or, l'effet de cette Loi se fixe & se limite toujours aux » personnes & aux biens que chaque Coutume peut & doit » régir; & comme la Coutume de Paris, par les Articles 247 » & 248, fixe le douaire des femmes mariées selon elle, en- » core qu'il n'ait été constitué, ni octroyé par exprès au traité » de leur mariage, à la moitié des héritages que leurs maris » tiennent & possedent au jour des épousailles, cette regle ne » peut comprendre que les personnes, ou les biens assis & situés » dans la Coutume de Paris, & nullement ceux qui peuvent » l'être dans une Province éloignée ou voisine, qui auroit » d'autres regles & d'autres Loix.

» Ce principe paroît même confirmé par l'Arrêt du Parle- » ment de Paris, que l'on cite dans la proposition du cas, puis- » que si l'on avoit pu penser que le douaire comprend tout, ou » la moitié de tous les biens du mari, quelque part & en quel- » ques Pays ou Provinces qu'ils fussent situés, soit Coutumiers » ou de Droit écrit, la femme dont il s'agit auroit été par-tout » saisie à l'instant du décès de son mari.

» Cet Arrêt n'auroit pu laisser de doute, & n'eut pas manqué » d'adjuger indéfiniment le douaire, sur tous les immeubles ou » héritages anciens du mari, sans distinction, ni exception.

» Ainsi cet Arrêt fait suffisamment comprendre que le Par- » lement de Paris a senti que l'effet de sa Coutume ne por- » toit pas au-delà des Pays qui y sont soumis.

» Et de même qu'une femme mariée, selon la Coutume du » Duché de Bourgogne, qui contracte pour elle, ne pourroit » raisonnablement prétendre que son douaire comprendroit les » biens de son défunt mari situés en Coutume de Paris ou d'au- » tres, de même aussi par réciprocité une femme mariée, se- » lon celle de Paris, ne peut prétendre douaire sur les biens » que son mari a délaissés dans le Pays du Duché de Bourgo- » gne.

» Or dans cette Province coutumiere, avec tous les anciens &

» modernes Commentateurs de ſa Coutume, nous tenons pour » inconteſtable qu'une femme non mariée dans le Duché, ni, » ſelon la Coutume du Duché de Bourgogne, ne peut préten- » dre le douaire par elle fixé, c'eſt-à-dire, rien prétendre ſur » les biens que le mari y poſſédoit au temps du mariage.

» L'*art.* 6 du titre des droits & appartenances à gens ma- » riés de la même Coutume, ne peut être autrement expliqué, » ni entendu, puiſqu'il ne diſpoſe ſpécialement que pour les » biens & les ſujets de la même Province.

» L'interprétation de cet Article, faite au 195e des cahiers, » le fait parfaitement comprendre, en diſtinguant les cas aux- » quels une femme peut être réputée mariée, ſelon la Coutu- » me, pour profiter des avantages de ſa diſpoſition, ſi elle eſt » menée au domicile du mari réſidant en Bourgogne, du temps » de ſon traité; deux conditions indiviſibles & également requi- » ſes par les Commentateurs & par l'uſage : car il ne ſuffiroit pas » pour être réputée mariée, ſelon la générale Coutume du Duché » de Bourgogne, & prendre ſon douaire ſur les biens que ſon dé- » funt mari poſſédoit, qu'une femme y fût venue prendre do- » micile avec lui après ſon mariage contracté hors du Duché, » & dans le temps qu'il n'y étoit pas domicilé ; il faut néceſſai- » rement pour cela que le mari réſidât au Duché, lorſqu'il a » contracté mariage hors du Duché, pour ainſi dire, occaſion- » nellement ; & qu'après le mariage la femme ſoit venue, & » ait été menée au domicile précédent.

» L'une de ces conditions manquant, de la réſidence actuelle » du mari dans le Duché de Bourgogne, lorſqu'il a contracté » mariage, & du retour de la femme au domicile du mari, » elle ne peut plus être réputée mariée, ſelon la générale Cou- » tume de ce Pays, ni prendre le douaire qu'elle preſcrit.

» D'où il ſuit que toute femme mariée hors du Duché de » Bourgogne, dans le temps & avec un mari qui n'y réſidoit » pas, & qui avoit ſon domicile fixé & habitué hors du Duché, » quand lui & elle ſeroient poſtérieurement au traité de ma- » riage venus conjointement réſider en Bourgogne, n'étant » point cenſés, ni réputés mariés, ſelon la générale Coutume » de cette Province, elle ne pourroit prétendre le douaire qu'elle » a aſſigné ſur les biens du mari qui y ſeroient ſitués : il n'y a » pour cela qu'à lire les Commentaires de Bégat, Deſpringles » & Taiſant, ſur l'Article cité de la même Coutume ; l'*art.* 195

» des cahiers faits pour son interprétation, & les remarques » de l'Auteur des Instituts au Droit coutumier de cette Pro- » vince, *pag. 97 de l'édition de* 1697; parce qu'encore une » fois chaque Coutume ne dispose que pour les personnes ou » les biens qui lui sont soumis.

» Ainsi dans l'espece proposée; & sur laquelle on consulte, le » mari & la femme étant au temps de leur mariage résidents & » domiciliés à Paris, le contrat de leur mariage y ayant été passé » pardevant deux Notaires de Paris, quand incontinent après » cela ils seroient venus contracter un nouveau domicile au » Duché de Bourgogne, ne pourroient jamais être réputés, ni » censés être mariés selon la générale Coutume de ce Pays, ni » par conséquent la femme prétendre un douaire par la force » de cette Coutume, sur les biens qui y sont situés qui appar- » tenoient à son mari, & en même-temps un double douaire » par la force de celle de Paris, qui le lui attribue, sans stipula- » tion, sur ceux qu'il possédoit dans l'étendue de celle-ci, dont » elle est présumée s'être contentée par son mariage, dont le » contrat ne contient aucune stipulation de douaire divis & » préfix, qui par cette raison se restreint aux biens situés, com- » me il se regle par la disposition de la Coutume où les parties » résideroient, & selon laquelle elles ont contracté.

» La circonstance du décès du mari dans le Duché de Bour- » gogne, où il étoit venu avec sa femme apparemment pour » veiller à ses affaires, ou aux biens qu'il y possédoit, est tout à » fait indifférente à la question : car nul douaire en Bourgo- » gne, si l'on n'est point marié, ou si l'on n'est pas réputé l'être, » selon la Coutume de ce Pays. Or en fait, ceux dont il s'agit » n'y avoient point contracté, ni été mariés; le mari n'y résidoit » pas, & étoit domicilié lors du traité & du mariage, à » Paris : quand l'un & l'autre se seroient dans la suite établis » en Bourgogne, cela ne changeroit point le sort & l'effet de » leur contrat, & par conséquent, &c.

» Délibéré à Dijon, le 25 Avril 1724, *signé*, Thibaut, Va- » renne, Normand, Raviot, Barbuot, Thoreau, Baillot, » Briois, Fromageot, Bridou, Bannelier, Juillet.

Messieurs les gens du Roi, à leur égard, donnerent un Acte en ces termes. » Nous, &c. certifions qu'après une exacte recher- » che sur les registres du Parlement, nous n'avons trouvé aucun » Arrêt de préjugé sur la question, au sujet de laquelle Messieurs

» du Parlement de Paris nous ont fait l'honneur de nous ren-
» voyer les Parties dénommées dans l'Arrêt du 25 Janvier 1724,
» pour avoir de nous un acte de notoriété dudit Parlement.
» Donné à Dijon, le deuxieme jour du mois de Mai 1724,
» *signé*, THIERRY & GENEAU.

J'ai marqué en mes questions mixtes, question 12, quel fut l'avis de M. le P. Bouhier, qui fut consulté en particulier sur cette question, & j'ai cru faire un vrai présent au Public, en lui donnant la savante Dissertation qu'il fit, & qui forma la décision qui intervint par l'Arrêt du 6 Septembre 1729. Cet Arrêt adjugea à la veuve pour douaire la moitié du revenu des biens situés en Bourgogne, ayant appartenu au défunt sieur de Chessy, & qui étoient de la qualité prescrite par la Coutume de Bourgogne.

Mais je ne puis me dispenser de remarquer que lorsque M. le P. Bouhier fut consulté dans cette affaire de la Dame Marcel, & qu'il donna la Dissertation dont je viens de parler, on ne lui exposa nullement que la veuve n'étoit pas en communauté; & comme le contrat de mariage étoit passé à Paris, où la communauté est de Loi, le silence sur cet article lui donna lieu, sans doute, comme à moi, de croire que la veuve étoit commune, & acceptoit la communauté, & c'est dans cette présupposition que je crois qu'il a donné son avis.

C'est pourquoi, dans mes questions mixtes, j'ai, par les mêmes raisons, annoncé la Dame Marcel, comme commune, n'ayant point trouvé dans son Mémoire imprimé, qui est le seul que je vis pour lors, cette circonstance si importante, qui est que le contrat de mariage portoit une non-communauté de biens, n'étant point dit non plus qu'elle eût renoncé à la communauté, & l'Arrêt qui ordonnoit l'acte de notoriété, ne m'ayant en aucune maniere permis de soupçonner aucun de ces faits.

Je ne saurois croire que cette affaire n'eût pas souffert une toute autre difficulté, si au lieu de traiter une question vague & générale, comme firent les parties, on s'étoit rabattu sur le défaut de communauté & sur le défaut de stipulation de douaire.

En effet, la Dame Marcel, mariée à Paris, étoit non commune avec son mari; & il n'avoit été stipulé aucun douaire à son profit.

Dans ces circonſtances, n'y ayant point de douaire préfix, la veuve ne pouvoit prétendre que le coutumier; elle ne pouvoit le tenir en Bourgogne, que de la Loi de Bourgogne, & nullement de la convention.

Mais la Loi de Bourgogne n'accorde douaire à une veuve, que ſous certaines conditions & modifications; c'eſt à ſavoir que la femme commune accepte la communauté.

Dès-lors la prétention de la Dame Marcel étoit ſuſceptible d'une queſtion importante, qui étoit de ſavoir s'il falloit appliquer à une veuve non commune, par ſon contrat de mariage, la diſpoſition des *art.* 19 & 20 du *chap.* 4 de la Coutume de Bourgogne, qui ne parle que de la femme commune & renonçante.

A l'occaſion de cette Coutume, & pour d'autant mieux en pénétrer l'eſprit, on peut agiter deux autres queſtions; la premiere eſt de ſavoir ſi la Coutume de Bourgogne eſt prohibitive de toute convention de douaire au profit d'une veuve qui n'accepte pas la communauté; la ſeconde queſtion conſiſtera à ſavoir ſi une femme mariée à Paris, où la veuve non commune, ou renonçante à la communauté, ne laiſſe pas que d'avoir le douaire préfix, ou même le coutumier, elle ne doit pas avoir du moins le coutumier, à défaut de ſtipulation d'un préfix dans la Coutume de Bourgogne.

QUESTION PRINCIPALE.

Si le douaire que la Coutume de Bourgogne refuſe à une veuve renonçante à la communauté, doit être refuſé à une veuve non commune par ſon contrat de mariage.

M. le Préſident Eſpiard m'a fait l'honneur de me marquer qu'il trouvoit une différence eſſentielle entre la ſtipulation de non communauté portée par un contrat de mariage, & la renonciation à la communauté faite par la femme, après la mort de ſon mari. Dans le premier cas, la ſtipulation de non communauté ſe faiſant de l'agrément des Parties, & ſans que l'honneur du mari en ſouffre atteinte, on ne trouve aucune raiſon de priver la femme du douaire coutumier ſur les biens ſis en Bourgogne; d'où on conclut qu'elle doit jouir de ſon douaire coutumier, nonobſtant une pareille ſtipulation; mais qu'il n'en

eſt

eſt pas de même de la renonciation à la communauté faite par la femme, après la mort de ſon mari : car cette renonciation eſt regardée en Bourgogne, comme très-odieuſe, & tendante à flétrir la mémoire du défunt; c'eſt pourquoi on obligeoit la veuve à ſe *deſceindre* dans les vingt-quatre heures, & à jetter les clefs ſur la foſſe de ſon mari.

Rodenburgh, 2e. *partie, tit.* 4, *ch.* 1, *n.* 7, obſerve que la même formalité ſe ſuit à Utrecht, & c'eſt à cauſe de cet affront qu'elle étoit cenſée faire à la mémoire de ſon mari, qu'on la puniſſoit de la perte de ſon douaire.

Je ne haſarderai point de décider cette queſtion; je la laiſſe à ceux qui ſont nourris dans le Droit de Bourgogne, & j'oſe perſiſter à dire que l'affaire de la Dame Marcel, agitée dans ce point de Droit, qui ſe préſentoit naturellement, tant du contrat de mariage du ſieur François Marque, que des Articles de la Coutume de Bourgogne, auroit donné lieu à un interlocutoire différent de celui qui a été rendu, & ſur lequel l'Arrêt définitif eſt intervenu.

Suppoſons que par l'événement on eût décidé qu'en Bourgogne, la femme non commune ne doit pas être regardée comme la femme renonçante, & que la Coutume n'excluant nommément du douaire, que la renonçante, celle qui eſt non commune ne doit pas ſubir pareille excluſion, il s'enſuivroit qu'effectivement la Dame Marcel non commune, auroit pu prétendre le douaire coutumier en Bourgogne.

Mais oublions la Dame Marcel, & pour l'éclairciſſement des difficultés qui peuvent ſe préſenter à l'occaſion des *art.* 19 & 20 ci-deſſus, ſuppoſons, 1°. qu'une femme mariée à Paris, avec communauté, eût ſtipulé un douaire préfix. 2°. Qu'étant commune, elle n'en eût pas ſtipulé, & que dans l'un & l'autre cas elle eût renoncé par la ſuite à la communauté, auroit-elle dû, dans les deux cas, avoir en Bourgogne ſon douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier ?

Pour l'examen de ces deux hypotheſes, il convient de ſavoir, 1°. ſi la Coutume de Bourgogne eſt prohibitive de tout douaire, au profit d'une veuve qui renonce à la communauté. 2°. Suppoſé qu'elle ne ſoit pas prohibitive, ne faut-il pas du moins une convention expreſſe de la part des conjoints, que la veuve prendra ſon douaire, même en renonçant? & la Coutume de Paris donnant un douaire à la femme renonçante, ce droit de la

Coutume de Paris, passe-t-il en convention de la part des conjoints, de le prendre par-tout ailleurs?

PREMIERE QUESTION.

La Coutume de Bourgogne est-elle prohibitive de tout douaire, pour une veuve qui renonce à la communauté?

Nous avons deux Auteurs, du Molin & Chasseneuz qui, sur les *art.* 2 & 20 *du tit.* 4 *de la Coutume de Bourgogne*, sembleroient, au premier coup d'œil, n'être pas d'accord entre eux. Chasseneuz dit que la Coutume de Bourgogne est prohibitive en cette partie, & Me Ch. du Molin ne la regarde que comme négative. Cependant ces deux Auteurs, quoique parlant différemment, se réunissent dans une même décision, sur l'espece qu'ils proposent.

Chasseneuz, sur l'*art.* 2 *du Chapitre* 4 ci-dessus, *verbo*, selon la générale Coutume de Bourgogne *in fine*, demande, *an si Burgundus habens bona in Ducatu, contrahat matrimonium cum Nivernense, & in loco domicilii uxoris, & fuerit dictum quod contractus matrimonii regularetur secundùm consuetudinem Nivernens. an in bonis mariti existentibus in Ducatu Burgundiæ debeat servari consuetudo Nivernensis*, & il répond, *dixi amplè, infrà hoc eod. tit.* §. 20, *in gloss.* & avec ce, *quæ est finalis.*

Chasseneuz jusques-là ne propose qu'une these générale, qui est de savoir si un Bourguignon domicilié en Bourgogne, qui prend une femme dans le Nivernois, peut stipuler que leur contrat sera réglé par la Coutume de Nevers, & si en vertu de cette convention, il faudra observer les dispositions de la Coutume de Nevers, sur les biens appartenants au mari, & situés dans la Coutume de Bourgogne; mais outre que cette question trop générale pourroit, en particulier, n'avoir point d'application au douaire, Chasseneuz ne la décide ni en tout, ni en partie, & renvoie au §. 20, sur ces mots, *& avec ce.*

Me. Ch. du Molin a cru devoir prévenir la décision de Chasseneuz, & il la donne en un seul mot *sic.*

Chasseneuz sur le §. 20, où nous venons de dire qu'il a renvoyé sa question générale, n'y propose qu'une question réduite & limitée au douaire. La voici. *Quidam Burgundus accepit in uxorem quamdam Nivernensem quæ post ejus mariti mortem, fecit prædictas renunciationes, & tamen licet bona ejus ma-*

riti ſint in Burgundia, fuit dictum in contractu matrimonii celebrati in patria Nivernenſi, quod dictus contractus regularetur ſecundùm conſuetudinem Nivernenſem. An hoc caſu debeat habere doarium ſuper bonis exiſtentibus in Ducatu, attentâ dictâ renunciatione, hoc eſt quærere an potuerint facere partes, quod nonobſtante conſuetudine hâc, conſuetudo Nivernenſis poſſit, & debeat obſervari in bonis exiſtentibus in Burgundia.

Chaſſeneuz, ſur cette derniere queſtion, expoſe d'abord qu'au moment qu'il écrit, elle eſt pendante en Juſtice. *Iſta quæſtio eſt in facto inter nobiles & non eſt deciſa.* Il propoſe contre la veuve des moyens très-preſſants. *Sunt duæ conſuetudines, una naturalis quæ eſt conſuetudo Ducatûs Burgundiæ, quæ eſt realis & reſpicit rem, ſeu diſponit circa rem, & illa conſuetudo tanquam realis quæ diſponit circa bona, inſpicienda eſt in bonis exiſtentibus intra territorium illius conſuetudinis. Alia eſt accidentalis, quæ venit ex voluntate contrahentium, ſcilicet conſuetudo Nivernenſis; ſed ſic eſt quod ubi ſunt duæ cauſæ, una naturalis, alia accidentalis, præfertur naturalis ..... Item ubicumque ſunt duæ cauſæ, una permiſſiva, alia prohibitiva, ſemper attendi debet prohibitiva, non permiſſiva;* & il fait l'application de ces principes aux Coutumes de Nivernois & de Bourgogne. Il dit que la premiere eſt permiſſive, & la deuxieme prohibitive : *& ideo cùm ſint contrariæ, tenenda eſt prohibitiva, ſcilicet conſuetudo noſtra in bonis exiſtentibus in Ducatu, cùm conſuetudo ſit realis, & hoc eſt quia licet ſit conventum inter dictas partes, quod dictus contractus in reliquis reguletur ſecundùm conſuetudinem Nivernenſem, tamen per hoc non eſt in totum renunciatum huic conſuetudini Ducatûs Burgundiæ, quæ eſt conſuetudo originis, & domicilii ubi ſunt bona ſuper quibus petitur doarium.* Quelque preſſantes que ſoient ces raiſons, Chaſſeneuz ſe détermine pour le parti contraire : *ego tamen teneo quod veritas ſit in contrarium;* mais par des raiſons ſi inférieures à celles qu'il vient d'alléguer pour l'autre parti, & ſi peu de nos mœurs, qu'il n'eſt pas poſſible de s'y rendre. Ces raiſons ſont que les conjoints pouvoient ſe ſoumettre à la Juriſdiction de Nevers, & qu'en s'y ſoumettant, c'étoit en adopter les Loix. Voici ſes termes : *ſed partes conſenſu eorum poſſunt ſortiri forum extra territorium de quo agitur. Ergò & ſtatutis ejus ligari,* & il ajoute ce terme *cogita;* ce qui laiſſe dans l'incertitude de ſavoir s'il croit que ſa déciſion peut demander de plus amples réflexions

& plus d'examen, ou s'il regarde sa décision comme une décision importante, & qui est bien à retenir. *Cogita.*

Suivant ce que nous venons de rapporter de Chasseneuz, on voit qu'il faut nécessairement entendre le terme *prohibitoria* qu'il emploie, par celui de *negatoria.* Autrement sa décision ne pourroit absolument pas se soutenir.

Me. Ch. du Molin s'explique aussi laconiquement sur cette question particuliere de Chasseneuz, que sur la générale. Voici ce qu'il dit sur ces mots du Commentaire de Chasseneuz : *in bonis existentibus in Burgundia, non est dubium quin possint.*

Ainsi Me. Ch. du Molin, comme Chasseneuz, estime que la Coutume de Bourgogne n'est que négative d'un douaire, au profit d'une femme renonçante à la communauté, & n'est pas prohibitive d'une convention contraire.

A ces deux autorités j'en joindrai une troisieme qui sera sans doute d'un grand poids; c'est celle de M. le Président Bouhier dans le Mémoire qu'il m'a envoyé sur mes Dissertations mixtes imprimées.

Ce Magistrat m'écrit ainsi. « Je ne saurois convenir que les » Articles de la Coutume de Bourgogne, sur la perte du douai- » re, en cas de renonciation à la communauté, soient prohi- » bitifs. Si cela étoit, on n'y pourroit pas déroger par les con- » trats de mariage, suivant la Loi 5, *C. de Legibus;* & cepen- » dant rien n'est plus trivial en Bourgogne, que ces sortes de » dérogations; » & à l'égard de l'inconvénient que je lui avois allégué, qui est que si le douaire a lieu en renonçant, les biens du mari se trouveront chargés non-seulement des dettes de la communauté, mais encore du douaire, contre les termes des *art.* 19 *&* 20; il me répond que » cet inconvénient n'est » pas plus grand en Bourgogne, que dans les autres Coutumes » où l'on autorise de pareilles stipulations.

Enfin, nous avons encore une autre autorité que je trouve dans le nouveau Coutumier, donné par M. de Richebourg; c'est une note de M. Thomas Chauvelin sur ces mots de l'*art.* 19 ci-dessus, *douaire coutumier* ou *divis;* en voici les termes: » sinon qu'il y ait expresse convention ou traité & dérogation à » la Coutume, ainsi qu'il a été jugé au Parlement de Bourgogne, » contre la Demoiselle Gabrielle de Vaudray, veuve de Gaspard » d'Epignac, contre sa fille, & les créanciers dudit sieur son ma- » ri, par deux Arrêts des 14 Août 1596, & 4 Décembre 1597. »

Je l'avouerai de bonne foi : guidé par les notions générales, j'ai cru en la 13e Diſſertation de mes queſtions mixtes, que la diſpoſition de cette Coutume étoit conçue en des termes qui marquoient ſuffiſamment une prohibition de rien ſtipuler au contraire.

Mais il n'eſt pas poſſible, après les deux Arrêts de 1596 & 1597, cités par M. Chauvelin, & un troiſieme, dont je vais parler, & après les autorités que je viens de citer, de ſe refuſer à une déciſion ſi bien appuyée, qui eſt que la Coutume de Bourgogne n'eſt que négative, & non prohibitive d'un douaire, en cas de renonciation de la part d'une veuve à la communauté : elle a les apparences du contraire ; mais le Parlement de Bourgogne a droit d'interpréter ſes Coutumes ; & l'uſage atteſté par des Auteurs graves, & confirmé par des Arrêts, doivent emporter les ſuffrages ; & à cette occaſion, je rétracte volontiers le parti que j'avois pris ſur la queſtion 13 de mes Diſſertations mixtes, pour le cas où il y auroit un douaire convenu, même en renonçant à la communauté, en perſiſtant toujours dans les principes généraux qui m'avoient déterminé, qui ſont que la veuve renonçant à la communauté, ne peut prétendre de douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier dans les Coutumes qui le lui refuſent avec prohibition, pour le cas de renonciation.

DEUXIEME QUESTION.

Cette queſtion eſt de ſavoir ſi la Coutume de Bourgogne, n'étant pas prohibitive d'un douaire dans le cas même de la renonciation à la communauté, il ne ſuffit pas d'une convention préſumée, ou s'il en faut une expreſſe pour l'obtenir.

Cette queſtion ne ſauroit regarder des conjoints mariés & domiciliés en Bourgogne : car, par rapport à eux, il eſt bien certain qu'il ne ſuffiroit pas à une femme commune par ſon contrat de mariage d'avoir ſtipulé un douaire en général, ſi par la ſuite elle venoit à renoncer à la communauté, puiſque la Coutume en prive expreſſément la veuve qui renonce ; mais il faudroit une convention expreſſe qui dérogeât à la Coutume, & qui l'accordât, même au cas de renonciation.

Mais ſi les conjoints étoient mariés dans des Coutumes qui accordent le douaire même en renonçant à la communauté, la ſoumiſſion préſumée à cette Coutume emporteroit-elle une

convention du moins tacite, qui dût avoir lieu dans la Coutume de Bourgogne, audit cas de renonciation ?

Si l'on admet dans cette occaſion le ſyſtême d'une convention préſumée, & qui ſe porte par-tout ailleurs, n'eſt-il pas à craindre d'en faire un principe trop général & trop univerſel ; de ſorte qu'il faille dire indiſtinctement que des conjoints qui ſe marient domiciliés dans un lieu, en adoptent toutes les Loix par une ſoumiſſion du moins tacite, laquelle ſoumiſſion fait que toutes les diſpoſitions de la Loi paſſent en contrat & en convention entre eux ; en ſorte que s'il n'y a pas de douaire expreſſément ſtipulé, il y en a un tacitement convenu, qui eſt celui porté par la Loi du domicile matrimonial, lequel par cette raiſon peut paſſer pour préfix, & peut ſe prétendre partout ? Mais ne ſeroit-ce pas pouſſer trop loin le ſyſtême de la convention préſumée ? ſi cela étoit, *conſequeretur*, dit M. d'Argentré, *art.* 218, de Bretagne, *Statutis omnibus ineſſe conventiones*, & il faudroit régler le douaire, par rapport à des conjoints mariés & domiciliés à Paris, par la diſpoſition de la Coutume de Paris, en quelque endroit que le mari ſe trouvât avoir des biens ; en ſorte que ſi la Coutume de la ſituation n'en donnoit point, comme dans le Pays de Droit écrit, il faudroit néanmoins en donner, parce que la Coutume du domicile matrimonial en donneroit un plus ou moins fort ; ou ſi elle en donnoit ſur les biens d'une autre nature que ceux ſur leſquels la Coutume de la ſituation le donne, il faudroit encore s'y conformer ; en un mot, il faudroit en tout ſuivre la Coutume du domicile matrimonial, comme étant devenue une Loi de convention, & le tout, fors les Coutumes de prohibition.

Ainſi un homme ſe mariant dans la Coutume de Normandie où il étoit domicilié, & ſes pere & mere y étant pareillement domiciliés, ayant conſenti à ce mariage, la veuve qui, aux termes de l'*art.* 369 de cette Coutume, doit avoir douaire ſur les ſucceſſions des pere & mere de ſon mari, encore que ces ſucceſſions échoient depuis le décès dudit mari, il faudroit dans cette eſpece dire que la veuve auroit douaire ſur les biens des pere & mere, qui ſe trouveroient ſitués à Paris, ou dans toute autre Coutume : car enfin il n'y auroit pas de raiſon de donner à une veuve mariée à Paris, douaire coutumier ſur les biens du Pays de Droit écrit, parce que le contrat auroit été

paſſé à Paris, & de le refuſer à une veuve mariée en Normandie, ſur les biens des pere & mere ſitués à Paris, puiſqu'il faudroit ſe régler par la Loi du domicile matrimonial, & non par la Loi de la ſituation, & cela à raiſon de la convention préſumée : le douaire coutumier ne ſeroit ſujet à délivrance, & ne ſeroit acquis que conformément à la Loi du domicile; tout douaire deviendroit alors un douaire préfix ; il n'y en auroit plus de coutumier, ou du moins celui du domicile deviendroit le douaire de toutes les Coutumes, & il ne faudroit plus conſidérer la Loi de la ſituation, ſi ce n'eſt qu'elle fût négative prohibitive.

Ainſi avec ce ſyſtême de convention préſumée, on va tout renverſer : les conjoints mariés & domiciliés dans la Coutume de Paris, qui leur défend de ſe donner autrement que par don mutuel, & de ſe donner d'autres biens que l'uſufruit des conquêts, ne pourroient pas ſe donner les biens ſitués en Coutumes, qui leur permettroient des avantages plus libres & plus étendus, parce que la ſoumiſſion à la Coutume de Paris devenant convention, il faudroit néceſſairement ſe conformer à cette Coutume.

Burgundus a bien ſenti l'inconvénient d'admettre auſſi généralement ce ſyſtême de convention préſumée, & il le réduit à ce qui peut être pur perſonnel. *Enim vero dices, ubi pater inſtruxit domicilium, ibi & in leges conſentire videtur.* Voilà ſon objection, & voici ſa réponſe, *recte id quidem, ſi perſonam ſpectaveris, tract.* 1, *n.* 45, comme ſi Burgundus avoit dit, la ſoumiſſion à la Coutume, la convention tacite n'a lieu que par rapport à ce qui concerne la perſonne, ſon état & ſa condition, & non par rapport à des droits réels.

En effet, s'il étoit poſſible de préſumer dans les conjoints une convention, pourquoi n'auroit-elle pas ſa relation auſſi-bien aux Loix de la ſituation, qu'aux Loix du domicile ? Il faudroit donc préſumer que les parties qui ſont domiciliées dans un lieu, auroient toujours voulu déroger aux Loix de la ſituation.

Ce n'eſt donc pas un principe qu'il faille adopter indéfiniment, que des conjoints domiciliés dans une Coutume, y contractant mariage, en adoptent généralement toutes les diſpoſitions d'une ſoumiſſion tacite, qui a force de convention.

Nous avons dit ci-devant que Me Ch. du Molin avoit eſti-

mé que des conjoints mariés dans le Nivernois, pourroient stipuler que la femme auroit un douaire en Bourgogne, même en renonçant, *non est dubium quin possint ;* mais sur l'espece proposée par Chasseneuz, il demande, *an fecerint,* & il décide pour l'affirmative, par la raison que les Parties ayant voulu que leur contrat de mariage fût réglé par la Loi du Nivernois, la renonciation à la communauté étant une résiliation du contrat, cette résiliation devoit suivre la Loi du contrat. *Non est dubium quin possint, sed an fecerint, & dico quod ex quo hæc renunciatio est distractus tacitæ societatis quæ est de contractu, debet censeri de contractu, & secundùm eum regulari,* c'est-à-dire, que M. Ch. du Molin a estimé deux choses.

La premiere, que la disposition de l'*art.* 20, du *tit.* 4 de la Coutume de Bourgogne, n'étoit pas une disposition négative prohibitive, & que des conjoints mariés ailleurs, pourroient stipuler un douaire, même en Bourgogne, au profit de la femme renonçante à la communauté de son mari. *Non est dubium quin possint.* La seconde chose est que dans le cas où les conjoints pour régler & diriger leurs droits matrimoniaux, se sont soumis à une Coutume, telle que celle de Nivernois, qui admet la femme qui renonce à la communauté, à prendre son douaire, elle doit l'avoir sur les biens de Bourgogne, nonobstant la disposition de cette Coutume qu'il regarde simplement comme négative, & non comme prohibitive.

Cette décision de Me. Ch. du Molin est un peu abstraite ; il la faut développer.

Dans l'espece proposée par Chasseneuz, & sur laquelle se trouve la décision de Me Ch. du Molin que nous examinons présentement, le mari avoit ses biens en Bourgogne. Il se marie avec une fille de la Province du Nivernois ; & par leur contrat de mariage qui y est passé, ils se soumettent à la Coutume de Nevers. *Fuit dictum in contractu matrimonii celebrati in patria Nivernensi quod dictus contractus regularetnr secundùm consuetudinem Nivernensem ;* Chasseneuz demande *an potuerint facere partes quod, nonobstante cousuetudine Burgundiæ, consuetudo Nivernens. posset, & debeat observari in bonis existentibus in Burgundia,* & il adopte par une seule & même décision, l'affirmative.

Me Ch. du Molin, à son égard, divise la question en deux parties. Il estime d'abord qu'il n'est pas douteux qu'ils ont pu faire

faire la ſtipulation. *Non eſt dubium quin poſſint ;* mais il va plus loin, & il demande *an fecerint ;* cette queſtion tombe naturellement ſur celle de ſavoir ſi la ſoumiſſion des Parties à la Coutume de Nevers, emportoit une convention de prendre le douaire en Bourgogne, en cas même de renonciation, & cela à cauſe que la Coutume de Nevers le donne à la veuve dans ce cas-là même ; & Me Ch. du Molin répond de la maniere ſuivante, *ex quo hæc renunciatio eſt diſtractus tacitæ ſocietatis quæ eſt de contractu, debet cenſeri de contractu, & ſecundùm eum regulari.* Me Ch. du Molin préſuppoſe que la faculté de renoncer à la communauté, eſt une dépendance de la communauté, cette communauté ne fût-elle que tacite, & j'admets cette déciſion : il préſuppoſe encore que cette faculté paſſe en convention, comme la communauté même, & j'adopte encore cette conſéquence ; mais delà il conclut que la Coutume de Nivernois permettant à la veuve de renoncer & de prendre le douaire, elle pouvoit le prendre en Bourgogne, dont il eſtimoit que la diſpoſition étoit purement négative & non pas prohibitive.

Je ne puis m'empêcher de dire que cette déciſion me fait beaucoup de peine. Les droits de la communauté ont-ils quelque choſe de commun avec les droits du douaire ? S'enſuit-il que parce qu'une Coutume admet un douaire, nonobſtant la renonciation à la communauté, une autre Coutume qui ne l'admet pas, qui le rejette même, doive néanmoins le donner ? A la bonne heure que la renonciation à la communauté, quant aux effets qui en réſultent par dépendance néceſſaire & naturelle, ſuive la Loi qui régit la communauté elle-même. *Renunciatio eſt diſtractus & cenſetur de contractu ;* mais quelle dépendance a le douaire avec la communauté ? Je n'y en vois aucune. Il eſt vrai que la Coutume de Bourgogne ſemble y en mettre une ; mais c'eſt une diſpoſition réelle plus propre à écarter le douaire, qu'à l'admettre : il n'y auroit que la convention tacite qui pourroit y ſuppléer ; mais il faut donc admettre par-tout des conventions tacites.

Auſſi la Note ci-deſſus de M. Thomas Chauvelin exige-t-elle une convention expreſſe, un traité & une dérogation à la Coutume, & les Arrêts de 1596 & 1597, qu'il cite, ſont employés pour ce cas-là même.

Cependant un Arrêt de 1614 & un autre récent de 1731,

dont il va être parlé, ſemblent avoir admis le ſyſtême de la dérogation préſumée; mais du moins dans l'eſpece de ces derniers Arrêts, il y avoit un douaire préfix; & en faiſant un pas de plus, on a regardé la convention expreſſe d'un douaire préfix, comme renfermant une convention tacite de le prendre ailleurs, conformément à la Coutume du mariage, & par conſéquent même en renonçant, quand cette Coutume l'ordonne ainſi, & cette déciſion n'eſt pas ſi choquante.

Mais quand il n'y a aucun douaire ſtipulé, ou qu'il n'eſt ſtipulé que coutumier, peut-on, parce que la Coutume du mariage donne le coutumier ſans condition, ni modification, préſumer une convention tacite de le prendre tel dans toutes les autres Coutumes qui ne le donnent que ſous certaines conditions & modifications? Voilà où eſt le point de la difficulté.

Auſſi le Parlement de Bourgogne a-t-il diſtingué le cas du douaire préfix & celui du coutumier, par Arrêt du 15 Mai 1634, contre une femme mariée en Nivernois, & qui réclamoit en Bourgogne un douaire ſtipulé coutumier, dont elle fut déboutée. Cet Arrêt eſt rapporté par Chevannes, *tit.* 4, *Arrêt* 20; & par M. Bouhier, *ch.* 25, *n.* 48.

Il eſt vrai que M. le P. Bouhier le regarde comme rendu contre les principes, & dans un temps où ces queſtions n'étoient pas éclaircies; & il rapporte l'Arrêt de 1731, qui a jugé conformément à un autre de 1614; & il ajoute qu'il s'étonne qu'on ne ſe ſoit pas apperçu que la Coutume de Bourgogne comprenant dans une même diſpoſition la privation du douaire coutumier & du divis, il falloit, ou qu'elle fût réelle à l'égard de l'un & de l'autre, ou qu'elle fût perſonnelle pour tous les deux.

Mais qu'il me ſoit permis de le dire; je ne trouve pas que l'Arrêt de 1634 ſoit contraire à celui de 1614 & à celui de 1731: celui de 1634 eſt rendu dans le cas d'un douaire ſtipulé coutumier; les deux autres ſont dans le cas d'un douaire préfix.

Or dans le cas d'un douaire ſtipulé coutumier, il ſemble que les Parties ſe réfèrent entiérement à la Coutume de la ſituation, & la Coutume de Bourgogne ne donne point de douaire à la veuve qui n'accepte pas la communauté.

Mais dans le cas d'un douaire préfix, il y a une convention de douaire qui paroît indépendante de toute autre Coutume, ſi ce n'eſt qu'elle fût prohibitive; convention que l'on a bien,

ou mal étendue dans la Coutume de Bourgogne ; mais une déciſion qui n'eſt déja pas trop bonne, doit-elle en attirer une encore plus mauvaiſe ?

Dans ce ſyſtême il faudroit dire que la Coutume de Bourgogne n'eſt négative d'un douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier, que pour la femme mariée en Bourgogne, & qui renonce par la ſuite à la communauté, ſi ce n'eſt qu'il y ait une convention expreſſe dérogeante à la Coutume ; mais qu'à l'égard de celle mariée ailleurs, la Coutume admet juſqu'à une convention tacite & préſumée.

Quelle bigarrure & quelle contrariété même avec la Coutume ! car cette Coutume exclut la veuve qui renonce, de tout douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier ; & comme le dit fort judicieuſement M. le P. Bouhier, elle ne ſauroit être réelle, qu'elle ne le ſoit pour l'un & pour l'autre douaire.

Cependant, ſelon ce Magiſtrat, les Arrêts de 1614 & 1731 ſont réguliers. Celui de 1634 eſt contraire aux principes. Il falloit donc, ſelon lui, accorder dans toutes ces eſpeces un douaire à toutes ces veuves mariées ailleurs ; & ſi elles avoient été mariées en Bourgogne, il eût fallu le refuſer à toutes. Pourquoi cela ?

C'eſt que l'effet de la renonciation à la communauté, ſe détermine, dans ce ſyſtême, par la Loi matrimoniale des conjoints.

Mais ſur quoi eſt fondé ce principe ? Eſt-il formé des Arrêts de 1614 & de 1731 ? ou eſt-il formé des véritables principes intrinſeques de cette matiere ?

Au premier cas, le principe paroîtroit pris d'après une Juriſprudence contraire au texte de la Coutume, & l'Arrêt de 1634 au contraire y ſeroit très-conforme.

Au ſecond cas, comment peut-on dire que les véritables principes, les principes intrinſeques de cette matiere, ſoient de régler le douaire même coutumier, par une autre Loi, que par la Loi de la ſituation ? Je croirois au contraire, qu'à raiſonner par les véritables principes de cette matiere, il faudroit regarder la Coutume de Bourgogne comme réelle, & même prohibitive de tout douaire, au profit d'une veuve renonçante à la communauté.

Mais puiſqu'on ne veut pas, contre la teneur littérale de la Loi, que la Coutume ſoit prohibitive, que l'on exige du moins

une convention expreſſe ; ou ſi on ſe contente d'une convention tacite, qu'elle ſoit donc réſultante d'un douaire préfix & convenu entre les Parties ; mais que l'on admette une femme mariée ailleurs, ſans ſtipulation de douaire, ou n'ayant ſtipulé que le douaire coutumier, & qui renonce à la communauté, à prendre le douaire légal en Bourgogne, c'eſt ce qui me paſſe : car de dire que le douaire eſt une dépendance de la communauté, & que la communauté étant dépendante de la Loi matrimoniale, il faut, dans la Coutume de Bourgogne, donner un douaire à la veuve renonçante, quand, dans ce cas, la Loi matrimoniale le lui donne, c'eſt ce que je ne ſaurois gouter : il y a des dépendances néceſſaires & naturelles, & il n'y a pas d'inconvénients que celles-là ſuivent la condition & l'état de la perſonne, & il y en a de purement arbitraires & légales, & qui n'ont pour objet que les biens, & qui, par cette raiſon, ſont réelles. mais en voilà bien aſſez ſur la Coutume de Bourgogne & ſur l'eſpece de la Dame Marcel.

AUTRE QUESTION. Ce que Rodenburgh ajoute dans la ſuite du Chapitre, que ſi la Loi du domicile matrimonial donne un douaire ſur tous les biens du mari, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, la femme n'en aura pas, à la vérité, ſur tous les biens ſitués en Coutumes prohibitives, mais qu'elle l'obtiendra par action perſonnelle pour ſon indemnité, ce ſentiment a bien ſes difficultés.

En effet, ſi ces ſortes de douaires ſont réels, une Coutume ne ſauroit commander à une autre, en donnant des droits réels ſur des biens qui ne lui ſont pas ſoumis ; & quoique celle du domicile matrimonial en accorde ſur tous les biens, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués, ſon empire eſt tout limité dans ſon étendue ; en ſorte que ce douaire étant un préſent de la Loi de la ſituation, la femme n'en peut avoir dans les Coutumes qui ne font pas ce préſent.

Il eſt vrai qu'une Coutume peut enviſager les biens ſitués ailleurs pour ordonner de ceux qui lui ſont ſoumis, comme fait la Coutume de Tours en l'*art.* 238 ; mais elle ne peut pas donner des droits réels ſur des biens qui ne ſont pas de ſa juriſdiction.

On ne peut ſauver la déciſion de notre Auteur, qu'en imaginant une convention tacite des conjoints, réſultante de la ſoumiſſion à la Coutume de leur domicile ; convention qui ſe

porte par-tout, & qui ſe réſoud du moins en action ſur les biens libres.

Mais eſt-ce le cas d'imaginer une convention tacite, dès que les conjoints n'ont pas ſtipulé de douaire? Ne ſont-ils pas préſumés s'en être rapportés aux différentes Loix de la ſituation? Ne ſe ſont-ils pas abandonnés à ces Loix? C'eſt de leur libéralité qu'ils ont voulu recevoir, & ils n'ont pu ignorer que ces droits étant réels, ils ne pourroient être dûs, qu'autant que les Loix de la ſituation les donneroient.

Faut-il encore adopter ce que prétend enſuite notre Auteur, qui eſt que ſi la Loi matrimoniale n'accorde pas de douaire, la femme n'en aura pas même ſur les biens ſitués en Coutumes qui en donnent? cette déciſion ne me paroît nullement conforme aux principes: car ces droits étant réels, ne dépendent aucunement de la Loi du domicile matrimonial.

Notre Auteur donne pour raiſon de ſa déciſion, que le douaire eſt un bénéfice qui n'eſt pas communicable aux étrangers; mais cette raiſon n'eſt pas recevable parmi nous, parce que nos Coutumes ne déferent pas ce droit comme un bénéfice perſonnel, aux ſeuls domiciliés: elles le déferent indifféremment à toute femme veuve, comme un droit réel.

M. le P. Bouhier prétend, à ſon égard, que le douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier, eſt perſonnel, que par conſéquent il doit être réglé par la Loi du domicile matrimonial.

Que quant au préfix, cela eſt tout ſimple; il gît en convention; & quant au coutumier, il eſt ſubrogé au préfix, & tient ſa place.

Il convient, à l'égard du coutumier, que le torrent des opinions eſt contre ſon avis; auſſi ne le propoſe-t-il qu'avec cette ſageſſe & cette retenue qui ſont le caractere de toutes ſes déciſions.

Mais mettons à l'écart le torrent des opinions; préſuppoſons la queſtion toute neuve; peut-on embraſſer le parti de la perſonnalité, quant au douaire coutumier?

Il eſt vrai que ce douaire remplace le douaire préfix, que celui-ci avoit lieu avant l'autre; mais il n'en eſt pas moins le bénéfice de la Loi: dans le douaire préfix, c'eſt l'homme qui donne, & c'eſt la Loi qui donne dans le douaire coutumier; & que donne-t-elle? des droits de jouiſſance d'immeubles, des droits de propriété? y a-t-il rien de plus réel que ces droits?

La Loi, dit-on, remplace la convention; mais c'est la Loi seule qui agit; tout ce que fait l'homme, est qu'il ne contredit pas; ainsi tout vient de la Loi, & la Loi ne dispose que des choses réelles, sans le ministere & le concours de l'homme: elle ne sauroit donc être que réelle.

Comme nos Coutumes contiennent sur le douaire des dispositions très-différentes, il peut se présenter des questions en grand nombre, dont je vais encore agiter quelques-unes.

PREMIERE QUESTION.

Le Droit commun des Coutumes, est que la femme gagne son douaire dès l'instant de la célébration du mariage.

Quelques Coutumes veulent, au contraire, qu'il ne se gagne qu'au coucher, & l'on en compte huit dans le Royaume, Normandie, Chartres, &c.

Des conjoints domiciliés à Chartres y ont été mariés, & le mari a des biens situés tant à Chartres qu'à Paris; il meurt depuis la célébration du mariage; mais avant la consommation, soit effective, soit présumée: la veuve aura-t-elle douaire, tant à Chartres qu'à Paris, où même n'en aura-t-elle aucun?

Sur cette question je crois qu'il faut distinguer entre le douaire coutumier & le douaire conventionnel.

Quant au douaire coutumier, comme la femme prend des mains de la Loi, elle ne peut recevoir que ce que la Loi lui offre & lui présente.

Elle ne peut même le recevoir qu'autant qu'elle est placée dans les cas & dans les circonstances prescrites par la Loi; il n'est pas possible de diviser ce présent de la Loi, d'avec les modifications & conditions apposées à ce présent.

Ainsi la veuve devenue telle par la mort précipitée de son mari, arrivée depuis la célébration de son mariage, mais avant la consommation, n'aura pas de douaire coutumier sur les biens de son mari situés à Chartres, & en aura sur ceux situés à Paris.

Mais si le douaire est conventionnel, il faut raisonner sur d'autres principes; le douaire conventionnel ne doit son être & son existence qu'à la convention, & cette convention le rend effectivement personnel.

Or, en fait de convention personnelle, la regle entre con-

joints eſt que c'eſt la Loi du domicile matrimonial qu'il faut conſulter.

Ainſi, dans notre eſpece, ſi le douaire eſt conventionnel, il ſera ou ne ſera acquis à la veuve que de la maniere qu'il lui ſera dévolu par la Loi du domicile matrimonial : ſi c'eſt Chartres, ce ſera par le coucher; ſi c'eſt Paris, ce ſera du moment de la célébration ; encore même que par l'événement le douaire préfix ſe prît ſur des biens ſitués en Coutumes qui auroient des diſpoſitions contraires à la Loi du domicile, parce que toutes contraires qu'elles ſoient (celles qui ne déferent le douaire qu'au coucher,) je les regarde comme ſimplement négatives & non pas comme prohibitives; elles ne déferent, à la vérité, le douaire qu'au coucher, *præmium pudicitiæ non negabit ;* mais elles ſont trop pures d'ailleurs pour que l'on puiſſe jamais croire qu'elles excluent une convention qui le donne du jour de la célébration ; il n'y a pas d'incompatibilité qu'une femme puiſſe être vierge & douairiere, ſuivant les Loix 6 & 7, *ff. de ritu nuptiarum.*

DEUXIEME QUESTION.

Nous avons des Coutumes qui ſaiſiſſent la douairiere, & d'autres qui ne la ſaiſiſſent pas : je dis que ſi le douaire eſt purement coutumier, il faut ſuivre la Loi de la ſituation ; s'il eſt préfix, il faut ſuivre la Loi du domicile matrimonial.

TROISIEME QUESTION.

Faut-il employer la même diſtinction du douaire préfix & du douaire coutumier, pour décider les queſtions qui peuvent ſe préſenter au ſujet de la quantité d'arrérages que la douairiere peut demander ?

Cette queſtion exige un peu d'éclairciſſement.

L'*art.* 17 du *tit.* 8 de la Coutume de Berry, porte, » que ſi la » douairiere ne jouit de ſon douaire & le laiſſe par long eſpace » de temps entre les mains des héritiers de ſon mari, ne pourra » demander que les arrérages de cinq années immédiatement » précédentes.

Sur cet Article, on peut faire pluſieurs eſpeces, & conſéquemment pluſieurs demandes.

1°. Je suppose une veuve qui a été mariée suivant la Coutume de Berry; elle a droit de jouir d'un douaire préfix, ou du douaire accordé par la Coutume de Berry; elle en est même saisie de droit, mais quoique saisie par la Loi, elle laisse passer beaucoup au-delà de cinq années, sans prendre possession de fait, & sans entrer en jouissance: elle poursuit ensuite, & se venge pour le paiement des arrérages, sur des biens de Berry, & encore sur d'autres situés en Coutumes, où pareille prescription n'est pas admise.

2°. Je suppose une veuve qui a été mariée, suivant la Coutume de Paris, ou ailleurs, où pareille prescription n'est pas admise, & elle se venge sur des biens de la Coutume de Berry & autres.

Dans ces deux especes, je demande combien la douairiere pourra prétendre d'années d'arrérages de son douaire, soit préfix, soit coutumier?

Quant à la premiere espece, j'estime que la veuve qui a été mariée en Berry, avec le douaire coutumier de Berry, ne peut prétendre que cinq années d'arrérages de ce douaire, soit qu'elle agisse pour ses arrérages contre des domiciliés en Berry ou ailleurs, soit qu'elle se pourvoie sur des biens situés en Berry ou ailleurs; & cela ne me paroît pas devoir faire de difficulté, parce que cette Coutume ne lui accorde ce douaire que sous la modification de n'en pouvoir demander que cinq années d'arrérages; & puisqu'elle reçoit de la Loi, il faut qu'elle se soumette à la Loi & lui obéisse; c'est la Loi seule qui donne, & par conséquent qui régit l'étendue & la durée de l'action, outre que c'est ici une action pure réelle.

Je dis la même chose du douaire préfix que du coutumier, parce que la convention d'un pareil douaire entre domiciliés en Berry, est toute relative à la Coutume; que la veuve n'est saisie que par la Coutume du Berry, & pareillement sous les modifications portées par cette Coutume.

Ce que nous venons de dire, doit encore avoir lieu, selon moi, dans le cas où la veuve auroit été mariée à Paris, si d'ailleurs elle n'exerce que le douaire coutumier de Berry, encore même qu'elle se venge sur des biens situés ailleurs, pour les arrérages qui lui sont dus, & les raisons que nous venons d'alléguer militent également pour ce cas.

Mais si la veuve mariée à Paris étoit créanciere d'un douaire préfix,

préfix, & qu'elle ſe pourvût ſur les biens du Berry, la queſtion ſeroit plus difficile.

La Loi du domicile matrimonial permet dans cette eſpece de demander vingt-neuf années ; mais la Loi de l'héritage n'en accorde que cinq, & il faut prendre parti entre ces différentes Loix.

Si l'on enviſage l'action de la veuve par la qualité de ſon titre & par la Loi qui régit ſes conventions matrimoniales, il eſt certain qu'elle eſt fondée à demander vingt-neuf années d'arrérages, puiſqu'elle a été mariée à Paris ; que la convention eſt préſumée faite conformément à la Loi de Paris ; que l'actif des actions ſe conſidere par la Loi du créancier.

C'eſt en effet un principe que quand il s'agit de décider des droits qui naiſſent *ex natura contractûs*, & qui ſont dans l'objet principal des parties, il faut ſuivre la Loi qui régit le contrat. Voyez *l'Obſerv. 46.*

Or, l'on ne ſauroit nier que le droit de la femme pour ſon douaire préfix, ne naiſſe de ſon contrat de mariage : la Loi qui régit ce contrat, à moins que les parties n'en aient diſpoſé autrement, eſt celle du domicile du mari ; c'eſt donc la Loi de ce lieu qu'il faut ſuivre pour déterminer ce que la veuve peut demander en vertu de ſon douaire préfix.

Mais d'un autre côté ſi la veuve ſe pourvoit ſur les biens du Berry, c'eſt la Loi des biens, qui prononce la fin de non-recevoir, & les biens ſe défendent par la Loi qui les régit : eſt-ce le cas de conſidérer où le titre a pris naiſſance, & d'enviſager l'action par ſon actif ? n'eſt-ce pas ici une exception contre la demande de la veuve, & par conſéquent n'eſt-ce pas le cas de conſidérer l'action dans ſon paſſif ?

Cette difficulté ne pourroit-elle pas ſe régler par une diſtinction ? Si l'on ſe pourvoit par ſaiſie réelle des fonds du Berry, c'eſt le cas de dire que les fonds ſe défendent par la Loi qui les régit.

Mais ſi l'on ſe pourvoit par ſimple ſaiſie mobiliaire des revenus de fonds ſitués même en Berry, c'eſt une action pure perſonnelle que l'on intente pour lors, & c'eſt d'une pure action perſonnelle dont l'héritier ſe défend, & dans ce cas n'eſt-ce pas la Loi du défendeur qu'il faut ſuivre ? S'il demeure en Berry, il ſe défendra par la Coutume du Berry ; en ſorte que ce ſera la Loi du domicile matrimonial qui décidera de la quantité

d'arrérages qui peuvent être dûs, & ce sera la Loi du domicile du débiteur qui décidera de la quantité d'arrérages qui doivent être payés.

En effet, s'il s'agit dans la question des intérêts de la veuve, il s'agit aussi de ceux des héritiers du mari : c'est contre eux que l'action est dirigée; c'est à eux à payer les arrérages de la veuve : ils excipent d'un moyen de prescription, il faut décider s'ils en excipent valablement; c'est donc par le passif qu'il faut considérer cette action.

Or nous avons dit en l'*Observation* 20, que les actions considérées passivement, se reglent par la Loi du débiteur; parce que c'est lui qui se défend, & sa défense est légitime, quand dans une action personnelle, il se défend par ses Loix.

Qu'on ne dise pas que c'est la Loi du mari qu'il faut envisager; qu'il est contre les regles que sa mort change la condition de sa veuve, que son droit accroisse, ou décroisse, selon le domicile de l'héritier; que la regle est que l'héritier succede *in virtutes & vitia;* que s'il prend le bénéfice, il est aussi tenu des charges de la nature dont elles sont au moment du décès; qu'il y auroit une injustice à faire dépendre le droit de la veuve des différents domiciles des héritiers du débiteur; que l'un prescrira, & l'autre ne prescrira pas : or c'est ce qui ne sauroit s'admettre. Tous les héritiers représentent le mari, & sont présumés le représenter vis-à-vis de la veuve, dans le lieu du domicile matrimonial.

A quoi l'on répond que la condition de la veuve n'est point changée par la mort du mari. S'il y a prescription contre ses arrérages, c'est par son fait & par sa négligence. L'héritier succede, à la vérité, *in virtutes & vitia;* mais c'est la Loi elle-même qui divise les actions personnelles entre les héritiers du débiteur, & c'est à la veuve dès-lors à s'informer à qui elle a affaire, à connoître la condition de ses débiteurs, & à s'enquérir quelles sont les Loix auxquelles on doit déférer : car les droits qui naissent de son contrat de mariage, consistent à pouvoir demander un douaire de telle & telle quotité; mais le plus, ou le moins d'années d'arrérages ne naissent pas *ex natura contractûs.* La condition d'un débiteur est toujours favorable, & elle l'est d'autant plus, qu'il ne fait qu'invoquer ses propres Loix, pour opérer la décharge qu'il y trouve écrite de la dette qu'on lui demande.

On voit que nous ne parlons que de la ſimple action perſonnelle; mais comme un douaire préfix eſt ordinairement fondé ſur une convention authentique, & que l'action perſonnelle ſe trouve jointe à l'hypothécaire; que ces deux actions s'entre-aident & ſe prêtent mutuellement leurs prérogatives, ſi dans ce dernier cas, la douairiere s'adreſſoit par action perſonnelle & hypothécaire, à un héritier domicilié même en Berry, mais poſſédant des biens du mari défunt, ſitués en Coutumes où pareille preſcription n'a point lieu; en ce cas ces deux actions étant jointes enſemble, l'héritier ne pourroit éviter d'être condamné perſonnellement & hypothécairement, & la veuve ſe vengeant ſur des biens non aſſujettis à la preſcription de cinq années, j'eſtime que ſon action ſeroit bien dirigée, & ſes pourſuites régulieres & utiles.

QUATRIEME QUESTION.

M. le Lieutenant-Civil le Camus a donné le 19 Juin 1708, un Acte de notoriété ſur une queſtion qui volontiers peut être propoſée à la ſuite de ce que nous venons de dire. On lui expoſe qu'une perſonne étoit créanciere de M. de Vignolles, par une obligation paſſée à Paris, les deux Parties y étant pour lors domiciliées; qu'il y avoit eu aſſignation donnée au Châtelet de Paris, audit ſieur de Vignolles, afin de paiement du principal & intérêts du jour de la demande, ſur laquelle étoit intervenue Sentence au Châtelet, dès l'année 1660, qui avoit condamné M. de Vignolles au principal & aux intérêts du jour de la demande; que quelques pourſuites qu'on ait faites contre le débiteur & ſa caution ſolidaire, on n'avoit pu être payé; que M. de Vignolles étant décédé Préſident à Mortier au Parlement de Toulouſe, la créanciere avoit formé oppoſition au Sceau des Proviſions dudit Office; qu'elle avoit obtenu en 1704, Sentence contradictoire au Châtelet de Paris, contre différentes Parties, qui avoit ordonné qu'elle ſeroit payée de ſon principal & intérêts du jour de la demande, juſqu'à l'actuel paiement; qu'elle s'étoit enſuite pourvue au Parlement de Toulouſe, où la diſcuſſion des deniers du prix dudit Office ſe faiſoit pour demander ſon paiement en principal & intérêts; mais qu'on lui oppoſoit que, ſuivant les maximes & l'uſage dudit Parlement, les intérêts ne pouvoient excéder le principal, &

apparemment les autres opposants avoient interjetté appel des Sentences du Châtelet.

Sur quoi la créanciere demande Acte de notoriété de ce que l'obligation étant passée pardevant les Notaires du Châtelet de Paris, & les Sentences y étant obtenues, on devoit suivre au Parlement de Toulouse la Coutume & l'usage qui se pratique au Châtelet & au Parlement de Paris, lorsqu'il y a des appellations & de pareilles questions d'intérêts à juger, & des distributions de deniers à faire, qui est de colloquer pour le principal & les intérêts, jusqu'au parfait paiement, soit que lesdits intérêts doublent, ou triplent le principal, & à quelque somme qu'ils puissent monter.

M. le Lieutenant-Civil répond à cet exposé, que la Jurisprudence du Parlement de Paris est que les intérêts d'une obligation sont dûs du jour de la demande, lorsqu'il y a eu une Sentence de condamnation des intérêts; que le créancier a fait des diligences nécessaires pour empêcher la prescription du sort principal d'une obligation, & qu'il n'y a pas eu de péremption dans les procédures faites pour obtenir la Sentence de condamnation.

Mais il ne décide pas bien nettement si la créanciere doit être colloquée pour son principal, & tous les arrérages sur le prix de l'Office de Président à Mortier du Parlement de Toulouse, & il dit seulement que ce sera aux Juges qui en doivent connoître, de voir si s'agissant de la distribution des deniers d'une Charge de Président à Toulouse, ils ne voudroient pas faire valoir les Sentences rendues à Paris, le créancier, le débiteur & la caution y demeurant, tant pour le principal, que pour tous les intérêts, comme on l'ordonneroit au Châtelet & au Parlement de Paris.

Pour moi j'accorderai volontiers que les intérêts sont dûs selon la Loi où la demeure est encourue; qu'étant légitimes selon cette Loi, ils sont légitimes par-tout; qu'il y a pour raison de ce, une action hypothécaire qui peut s'exercer sur tous les biens du débiteur qui ne sont pas régis par des dispositions contraires. Mais à l'égard du plus, ou du moins d'années que le créancier peut demander, j'estime que si le débiteur n'a pas d'ailleurs d'exception personnelle, la question se décide par la Loi de la réalité, pour les raisons expliquées ci-dessus, & dans l'*Observation* 30.

CINQUIEME QUESTION.

Mais il ſe préſente une queſtion qui eſt encore aſſez difficile.

Il y a des Coutumes qui donnent de plein droit à la veuve l'option du douaire préfix, ou du coutumier; quelques autres non-ſeulement ne la donnent pas, mais même excluent de cette option, ſi elle n'eſt réſervée par le contrat de mariage. Paris, *art.* 261.

Un homme eſt marié dans une Coutume qui refuſe l'option du douaire coutumier, quand il y en a un préfix, ſans aucune réſerve; mais ſes biens ſont ſitués dans des Coutumes qui donnent cette option : cet homme ſtipule un douaire préfix au profit de ſa femme, ſans faire réſerve du coutumier. On demande ſi la femme pourra, nonobſtant la Loi du domicile matrimonial, renoncer au préfix pour opter le coutumier dans les autres Coutumes.

M. Froland, *tom.* 1, *chap.* 12 de ſes Mémoires ſur les Statuts, a traité cette queſtion parfaitement; j'y renvoie le Lecteur, perſuadé qu'il en ſera pleinement ſatisfait, & je me contenterai de donner ici quelques réflexions ſimples.

Il n'y a un douaire préfix, que parce qu'il y a une convention.

Nous avons dit ailleurs que la Loi du domicile matrimonial décidoit des conventions du mariage, & ſervoit à les interpréter.

Or la Loi du domicile matrimonial défendant l'option du douaire coutumier, quand il y en a un préfix, & cette Loi ſervant d'interprétation à la convention & à la volonté des Parties, la femme, en ſtipulant un douaire préfix, conſomme ſon option à l'inſtant même du contrat, & elle eſt cenſée avoir renoncée au coutumier. Cette renonciation la ſuit par-tout, & il n'eſt pas poſſible qu'elle puiſſe opter un douaire coutumier auquel elle a renoncé de convention faite entre les deux familles.

Carondas, en ſes Réponſes du Droit François, *liv.* 3, *rép.* 78, dit avoir répondu ainſi, ſuivant l'Arrêt donné entre la veuve & les héritiers de feu M. Pierre l'Orphevre, Maître des Comptes, du 21 Juillet 1500, qui a jugé qu'une veuve mariée à Pa-

ris, ne pouvoit demander autre douaire que le préfix, tant sur les biens assis à Paris, qu'en autre Province, & qu'en la forme de constitution de douaire, il faut suivre la Loi du Pays où le mariage a été contracté.

Remarquez, je vous prie, la force de ces termes, *en la forme de constitution de douaire*, qui marquent la nature du douaire, telle qu'elle est *tempore contractûs*.

Brodeau sur Louet, *Lett. D, somm.* 44, rapporte un Arrêt du 12 Juin 1574, qui paroît être contraire, mais dont la disposition n'a jamais été bien entendue. On prétend que cet Arrêt a jugé qu'une femme mariée à Paris, ayant par son contrat de mariage, douaire préfix, & le mari ayant des héritages sis en la Coutume de Melun, laquelle, avant sa réformation, permettoit à la femme d'opter le douaire coutumier, encore qu'elle eût le préfix, étoit recevable à prendre la moitié du douaire préfix, & moitié du douaire coutumier.

Je l'avouerai de bonne-foi; si l'Arrêt étoit tel que le rapporte Brodeau, il est difficile de rencontrer la raison qui a pu déterminer à une pareille décision, n'étant pas possible de syncoper l'option, & de permettre à la femme d'opter partie du douaire coutumier, & partie du douaire préfix. Il falloit, ce me semble, lui donner, ou tout l'un, ou tout l'autre : car les Coutumes du domicile & de la situation ne permettent de prendre que l'un des deux.

La réalité des Coutumes, qui est la raison alléguée par M. Brodeau, n'a point ici d'application; parce qu'y ayant convention faite dans une Coutume prohibitive d'option, la femme s'est interdit l'option du douaire coutumier.

Aussi cet Arrêt n'est pas conçu dans les termes rapportés par Brodeau. Il s'est trouvé par la recherche qui en a été faite, qu'il est au Registre des Prononciations, le premier de ceux qui ont été prononcés le 12 Juin 1574, & il porte que les enfants auront, non pas moitié du douaire coutumier, & moitié du douaire préfix, mais qu'ils jouiront de la moitié des héritages de la Coutume de Melun, & que sur les restes des biens du pere, ils auront ce qui pourra rester dû des 100 livres de rente de douaire préfix; c'est-à-dire, que si les héritages sis à Melun, montent à 50 livres, ils prendront 50 livres, & que s'ils montent à moins, ils prendront moins, & que le restant se prendroit sur les biens du pere. Cette remarque importante est rapportée par

M. Froland, comme l'ayant extraite de la treizieme Conſultation inſérée ès Œuvres de M. Dupleſſis, *tom.* 2, où le Conſultant remarque fort judicieuſement, qu'outre que l'Arrêt ne porte pas ce que dit Brodeau, il paroît avoir adjugé plus que n'accordent les Coutumes qui donnent l'option entre les deux douaires, & plus qu'il n'étoit demandé au procès.

Cet Arrêt rétabli dans ſa véritable prononciation, a donc admis une veuve mariée à Paris, avec un douaire préfix, non pas à opter le coutumier, mais littéralement à jouir des biens ſujets au douaire coutumier, ſur & en déduction du douaire préfix. Ainſi cet Arrêt ne me paroît pas contraire à celui rapporté par Carondas, du 21 Juillet 1500; & s'il m'eſt permis de m'expliquer, j'eſtimerois que la convention d'un douaire préfix dans une Coutume qui refuſe l'option, eſt un obſtacle & une excluſion dans quelque Coutume que ce ſoit, de l'option du douaire coutumier.

SIXIEME QUESTION.

Mais que faut-il dire dans le cas contraire; c'eſt à-dire, dans le cas où la Coutume du domicile donne l'option du douaire coutumier, ou préfix, lorſque la Loi de la ſituation la refuſe? La femme qui a ſtipulé l'un, ou l'autre, aura-t-elle l'option du coutumier dans la Coutume de la ſituation?

Cette queſtion a auſſi ſes difficultés: car d'un côté la Loi du domicile matrimonial donnant l'option, c'eſt une faculté perſonnelle qu'elle accorde à la femme, tant qu'elle n'a point uſé de cette faculté & qu'elle n'a point fait d'option; elle n'a, ni l'un, ni l'autre douaire, & ni l'un, ni l'autre ne lui ſont définitivement accordés; elle n'a qu'un droit à l'un ou à l'autre, quand par la ſuite elle exerce la faculté que la Loi matrimoniale lui donne, & qu'elle s'en tient au douaire coutumier, il eſt vrai de dire qu'elle ne paroît plus dans les autres Coutumes qu'avec la ſimple créance du douaire coutumier.

Ainſi ce n'eſt que par l'option que fait la femme qu'elle acquiert l'un à l'excluſion de l'autre.

Or, quand une Coutume refuſe le douaire coutumier, lorſqu'il y en a un préfix, c'eſt quand ce douaire eſt définitivement arrêté & privativement à tout autre.

Autrement il faudroit dire que la faculté d'opter n'opére-

roit que dans le domicile, & qu'en optant le coutumier, cette option ſeroit tellement renfermée dans l'étendue du domicile, que la femme n'auroit ni douaire préfix, ni douaire coutumier dans les autres Coutumes qui ne donneroient pas d'option; non le douaire préfix, puiſqu'elle a opté le coutumier, non le douaire coutumier, puiſqu'elle en a ſtipulé un préfix; ce qui pourroit répugner, & feroit que la femme ne pourroit pas uſer d'une faculté que la Loi de ſon domicile lui accorde.

Mais à cela on répond que le douaire coutumier eſt un droit réel qui dépend de la Loi de la ſituation, & que la femme ne peut le prétendre que conformément à cette Loi.

Ainſi cette Loi n'admettant pas un douaire coutumier, lorſqu'il y en a un préfix & convenu, la femme ſe trouve néceſſairement excluſe du douaire coutumier dans ces Coutumes, dans l'inſtant même que par le contrat de mariage on a ſtipulé un douaire préfix.

En ſorte que, ſi elle opte le coutumier, elle peut y être admiſe dans la Coutume de ſon domicile qui lui donne l'option, & dans les Coutumes ſemblables, mais non pas dans celles qui la refuſent, parce que la faculté perſonnelle, que lui donne ſon domicile, vient échouer contre la diſpoſition réelle prohibitive de la Loi de la ſituation; au moyen de quoi elle doit bien réfléchir ſur la différente ſituation des biens, pour connoître l'utilité qu'elle peut retirer de l'une ou l'autre option: car en optant le coutumier, elle ſe trouve réduite à ne prétendre de douaire que ſur les biens ſitués en Coutumes d'option, & elle s'exclut d'elle-même de prendre aucun douaire dans les autres qui ſont négatives prohibitives.

Ainſi ſur la queſtion cinquieme, je me détermine pour la Loi du domicile matrimonial contre la Loi de la ſituation, & ſur la préſente queſtion je me détermine pour la Loi de la ſituation contre la Loi du domicile, parce que, en la queſtion cinquieme, il y a une négation de faculté perſonnelle: cette négation qui affecte la perſonne, ſuit la perſonne dans toutes les Coutumes, même dans celles qui admettent la faculté, & en la préſente queſtion, c'eſt la Loi de la ſituation qui eſt prohibitive & négative de toute faculté d'option, quand il y a un douaire ſtipulé préfix, & cette convention fait néceſſairement tomber le douaire coutumier dans cette Coutume.

Enfin, Rodenburgh ajoute que ſi la Loi matrimoniale n'accorde

corde pas de douaire & que la Loi de la ſituation en accorde, la femme n'en aura pas, ſi ce n'eſt que cette Coutume l'accorde à titre héréditaire ou par forme de legs; mais pour lors ce ſeroit moins un douaire, tel que nous l'admettons dans nos mœurs, qu'un gain particulier qui auroit ſinguliérement ſes principes; & c'eſt ce qui me donne occaſion de parler des gains de ſurvie; mais auparavant permettez-moi de vous faire part d'une déciſion ſur une eſpece aſſez ſinguliere.

Un homme paſſe un contrat de mariage à Paris, & doue ſa femme du douaire coutumier à prendre ſur tous ſes biens meubles & immeubles, préſents & à venir, qu'il a affectés & hypothéqués au paiement dudit douaire; il n'avoit au jour de ſon mariage aucuns immeubles à Paris, ni dans le Pays coutumier, & il ne lui en étoit échu aucun en ligne directe pendant le mariage; mais il avoit quelques fonds en Pays de Droit écrit, & il avoit des conquêts.

Dans cette eſpece il étoit difficile de fixer le douaire coutumier, puiſqu'il n'y avoit aucuns biens ſitués en Pays coutumier qui y fuſſent ſujets, & que le Pays de Droit écrit ne reconnoît pas un pareil douaire. Voici le parti que la Cour prit en la premiere des Enquêtes, au rapport de M. l'Eſcalopier, par Arrêt du 2 Juin 1702.

On regarda cette convention de douaire coutumier qui étoit à prendre ſur tous les biens préſents & à venir, comme un douaire préfix de l'uſufruit de la moitié de tous les biens, & l'on adjugea à la veuve, 1°. la moitié du bien ſitué en Pays de Droit écrit: la convention du douaire revenoit à l'augment de la dot qui a lieu en Pays de Droit écrit; 2°. le quart des meubles & conquêts ſitués dans la Coutume de Paris: cette veuve avoit, à la vérité, renoncé à la communauté qui par ce moyen appartenoit en entier à la ſucceſſion du mari; mais on conſidéra ſans doute que cette renonciation n'étoit pas dans le vœu des contractants, & l'on régla le douaire ſur les conquêts, comme s'il y avoit eu acceptation, le tout en uſufruit conformément à la Coutume de Paris; il n'y avoit pas d'enfants.

OBSERVATION XXXVIII.

Des gains nuptiaux & de survie.

J'Appelle gains nuptiaux en général tous les profits & les avantages que les conjoints par mariage acquierent ou peuvent acquérir à raison de l'union conjugale qu'ils contractent entre eux, & j'en distingue de plusieurs especes.

Il y en a qui s'acquierent dans le moment de la célébration du mariage, & ce, pleinement, incommutablement, & indépendamment d'aucune survie ; telle est la communauté de biens dans le général de nos Coutumes.

Il y en a qui dépendent de la survie, tels sont les douaires pour les femmes, le gain des meubles pour le survivant des nobles dans la Coutume de Paris, & Coutumes semblables: l'usufruit de la moitié des conquêts que la Coutume de Paris accorde au survivant des pere & mere dans la succession de leurs enfants, décédants sans enfants & sans descendants de l'acquéreur, *art.* 230; l'augment de dot au profit de la femme survivante dans les Pays de Droit écrit, le contre-augment au profit du mari en certains endroits, &c.

Il en est d'autres qui dérivent, à la vérité, de l'union conjugale; mais qui, outre la qualité de conjoint, en exigent encore quelqu'autre, comme celle de pere & celle de mere, & ces droits sont fort variés : car les uns sont accordés indistinctement aux pere & mere sur les biens du prédécédé, en leur seule qualité de pere & de mere ; tels sont les droits de garde, & les autres leur sont accordés comme droits successifs ; d'autres ne sont accordés qu'aux peres seuls, les uns à raison de la puissance paternelle, les autres à raison de la paternité seulement, d'autres enfin à raison de la paternité & viduité tout ensemble.

Je n'envisage, comme l'on voit, que les gains nuptiaux accordés par les Coutumes & les Loix : car à l'égard de ceux qui ne sont fondés que sur la convention, ces gains nuptiaux n'entraînent pas avec eux grande difficulté ; il est un principe dominant en cette matiere qui est que les contrats de mariage

ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions, quand elles ne ſont pas contre les bonnes mœurs.

Il eſt vrai qu'il ne faut pas encore qu'elles ſoient contre des Loix prohibitives; mais, ou ces conventions ſont purement démonſtratives, ou elles ſont taxatives. Au premier cas, elles peuvent s'exécuter en entier ſur les biens libres. Au ſecond cas, elles reſtent ſans exécution, ſi elles ne ſont à prendre que dans les Coutumes prohibitives.

Il n'eſt pas facile de fixer préciſément les Loix qui doivent régler les gains nuptiaux de ſurvie que nos Coutumes accordent aux conjoints, & dans leſquelles j'entends me renfermer en la préſente obſervation. Deux difficultés ſe préſentent d'abord.

La premiere eſt de démêler à quel titre ces Coutumes les donnent : eſt-ce à raiſon de la dot? eſt-ce à raiſon de la communauté & de ſes dépendances? eſt-ce à titre particulier de ſurvie? enfin eſt-ce à titre héréditaire? C'eſt ſur quoi nos Coutumes ne s'expliquent pas toujours clairement; & c'eſt cependant ce qu'il ſeroit important de définir pour pouvoir faire une juſte application des principes, & donner une déciſion certaine ſur les eſpeces particulieres qui peuvent ſe rencontrer.

La ſeconde difficulté eſt dans le concours de différentes Loix qui déferent des gains nuptiaux au même titre. Par exemple, au même titre de communauté, au même titre de dot, de puiſſance paternelle, &c. mais qui ne les déferent pas en même nature de biens, ou qui les donnent dans des quotités, & ſous des modifications & conditions différentes : la difficulté, dit-on, eſt de fixer dans ces cas, celles de toutes ces différentes Coutumes à laquelle il faut s'arrêter.

Mon objet n'eſt pas de déterminer le titre ſous lequel chacune de nos différentes Coutumes accorde les gains de ſurvie; il faudroit les parcourir toutes, & en poſſéder parfaitement l'eſprit, & ce ſeroit un travail infini; heureux encore ſi on pouvoit parvenir à ne point confondre un titre avec un autre.

Mais je me propoſe ſimplement d'examiner quels doivent être les principes, qui dans le concours de ces différentes Coutumes doivent régler ces ſortes de gains, dans le cas où l'on convient à quel titre ces droits ſont déférés.

J'obſerverai d'abord que le concours des différentes Coutumes ne peut être qu'entre celle où le mariage ſe célebre, celle du domicile du mari, celle du domicile de la femme, celle du

domicile au jour du décès de l'un d'eux & celle de la ſituation des biens. En voici l'eſpece.

Un homme domicilié à Paris, contracte mariage avec une femme domiciliée à Lyon, & ce mariage eſt contracté par diſpenſé en Anjou, où les parties s'étoient rencontrées par occaſion de commerce : le mari, enſuite du mariage, emmene ſa femme à Paris, où il étoit domicilié, & quelques années après ils tranſportent leur domicile en Normandie, où l'un d'eux décede, & leurs biens ſe trouvent ſitués tant dans ces différentes Coutumes, que dans quantité d'autres ; quelle ſera de tous ces endroits la Loi qui réglera les gains nuptiaux de ſurvie, dans le cas où il n'y aura, ni contrat, ni convention, parce que ſi les parties étoient convenues de quelques choſes entre elles, il n'y a pas de difficulté que la convention devroit être exécutée par-tout, excepté dans les Coutumes négatives prohibitives ?

Je ne donnerai pas pour principe général, ce que dit M. le P. Bouhier ſur la Coutume de Bourgogne, *ch.* 21, *n.* 15, que la liberté publique & la faveur des mariages autoriſent l'uſage d'adopter en ſe mariant telle Coutume qu'on juge à propos, quoique ce ne ſoit pas celle du domicile des contractants, ou du moins de l'un d'eux.

Auſſi M. le P. Bouhier ne donne-t-il pas non plus cette déciſion pour principe général : car au *n.* 87, il dit que ſi un homme ſans aucune intention de quitter ſon domicile qui eſt régi par des diſpoſitions prohibitives, va contracter mariage dans une Coutume libre avec ſoumiſſion expreſſe à cette Coutume & dérogation expreſſe à toutes autres, cette ſoumiſſion contraire à la Loi de ſon domicile eſt abſolument nulle ; ce qui doit encore être entendu avec précaution, comme je l'ai obſervé ci-devant.

J'eſtime, à mon égard, 1°. que n'y ayant point de contrat, la Loi du lieu où le mariage a été célébré, n'eſt pas à conſidérer, quand, ni l'une, ni l'autre des parties n'y ſont domiciliées & qu'ils n'y ont aucuns biens ; ce lieu dans ce cas eſt un lieu de haſard qui ne ſauroit décider des droits des conjoints : *non oportet*, dit la Loi, *exigere* 65, *ff. de judiciis, ſpectari locum in quo inſtrumentum dotis factum eſt, ſed eum in cujus domicilium & ipſa mulier per conditionem matrimonii reditura eſt.* Voyez l'*Obſerv.* 46.

2°. Il faut encore en exclure le lieu du domicile de la femme,

fût-il celui où la célébration a été réellement faite, quand d'ailleurs les conjoints n'ont pas adopté la Loi de ce lieu, du moins par des clauſes qui manifeſtent qu'ils ont enviſagé cette Loi; parce que dans la néceſſité où ſont les futurs de recevoir la bénédiction nuptiale *à proprio Parocho*, & dans l'impoſſibilité de la recevoir des deux Curés des Parties, puiſque leurs domiciles ſont différents, ſi l'uſage & la bienſéance veulent que le futur aille chercher la future, & la reçoive des mains de ſon pere & de ſa mere, ou de ſes parents, & s'ils autoriſent que le mariage ſe célebre dans le domicile de la fille, plutôt que dans celui du mari; c'eſt un acte paſſagérement fait dans ce lieu, & qui ne peut déterminer les droits des conjoints qui n'ont point réſolu d'y fixer leur domicile; le mari contracte dans ce lieu, *tanquam advena quidam parùm ibi manſurus & ducturus ſecum uxorem.* Decius, Conſ. 283.

Je dis: quand d'ailleurs les conjoints n'ont pas adopté la Loi de ce lieu, du moins par des clauſes qui manifeſtent qu'ils ont enviſagé cette Loi; parce que la ſoumiſſion ſimple à la Juriſdiction dans les lieux où cela eſt permis, ſans aucune autre circonſtance, & ſans une ſoumiſſion aux Loix de cette Juriſdiction, ne ſeroit pas fort déciſive; en ſorte que nonobſtant la prorogation de la Juriſdiction, ſi l'on demande *ad quantùm debeat, & poſſit conveniri maritus, non videtur receſſum à diſpoſitione juris quoad conſuetudinem, & ſtatutum loci domicilii mariti.* C'eſt ce que dit Maſcardus, *concl.* 7, *n.* 61, qui cite pluſieurs Auteurs, & entre autres Sanct. Sévérinus qui aſſure avoir vu pluſieurs Docteurs qui le penſoient ainſi, & il ajoute que l'on ne doit pas s'écarter de ce ſentiment qui eſt vrai, *& ab hoc non recedendum, quia eſt ipſa veritas..... & dictum de loco ſpeciali, poterit operari quoad forum ibi ſortiendum, ſed quoad quantitatem reſtitutionis, & modum lucri in eo loco, erit ſervandum ſtatutum loci viri.*

Dans le concours de la Loi du domicile de la femme & de celle du domicile du mari, c'eſt celle du mari qui doit l'emporter: on vient de voir que Maſcardus le dit poſitivement. Me Ch. du Molin le dit de même: *hinc infertur*, dit Me Ch. du Molin, *ad quæſtionem quotidianam de contractu dotis, & matrimonii, qui cenſetur fieri non in loco in quo contrahitur, ſed in loco domicilii viri*, *lib.* 1, *C. de ſumm. Trinit. tit. concl. de Stat.*

Chasseneuz, Titre des Droits appartenants à gens mariés, *rub.* 4, §. 2, *verbo*, *selon la générale Coutume*, *n.* 11, ayant décidé que si des personnes du dehors de la Bourgogne, contractent mariage dans la Coutume, *decidetur secundùm statuta contractûs loci*, du Molin le reprend assez aigrement, *iste nescit quid dicit. Dic indistinctè quodad effectum, & decisionem juvium matrimonii, ubi non fuit specificatum, nec facta relatio ad alium certum, inspicietur locus domicilii habitationis viri destinatæ tempore matrimonii.*

C'est pareillement la décision de Barthole, *in leg. cunct. popul. statutum est Asisii ubi est celebratus contractus dotis, & matrimonii quod vir lucratur tertiam partem dotis, uxore moriente sine liberis; sed in civitate Perusii est statutum quod vir lucratur dimidiam; quod spectabitur statutum terræ viri, quia uxor sequitur domicilium mariti, & sic animi destinatione mariti.* Voyez encore Zoezius, *ff. liv.* 23, *tit.* 4, *n.* 14.

En vain voudroit-on distinguer entre la femme qui a été rendue certaine des Loix du domicile de son mari, & celle qui ne l'a pas été. Toute femme est présumée s'en être fait instruire: ses parents, ceux qui s'entre-mêlent pour lui procurer un établissement, sont présumés le faire pour elle; & si elle ne l'a pas fait, elle doit se l'imputer: elle est, en cette partie, assujettie au Droit commun; qui veut que celui qui contracte, connoisse la condition de la personne avec qui il contracte, & la présomption est qu'embrassant le parti du mariage, & s'identifiant en quelque maniere, avec son mari, elle adopte plutôt les Loix selon lesquelles elle va être obligée de vivre dorénavant, que des Loix auxquelles elle se met elle-même dans la nécessité de renoncer. *Præsumuntur sponsa, & facientes pro ea scivisse consuetudinem, vel statutum domicilii viri, tum quia notorium, tum per legem, qui cum alio contrahit, ff. de reg. juris. Quod si scire, vel taliter pacisci neglexerunt, perinde est ac si scivissent sibique imputare debent.* Mol. *Cod. de stat.* & suivant Mascardus, *contractus hujusmodi, prout sunt matrimonii, fiunt cum magnâ inquisitione, quæ inquisitio tollit præsumptionem ignorantiæ. Concl.* 7, *n.* 67, *de gen. Stat. interpr.*

M. Tiraqueau, *de leg. connub. gl.* 2, *n.* 47, agite une question dont la décision peut influer sur celle-ci. *Quidam Pictaviensis duxit uxorem alterius provinciæ quæ Jure communi utitur, ut scilicet uxor non sit in potestate, vel è diverso, an consideranda*

erit viri patria, an verò uxoris? & sane nemo unquam, ut puto, dubitavit quin viri statutum sit sequendum.

Bacquet, *ch.* 15 des Droits de Justice, *n.* 50, prétend néanmoins que par Arrêt du 23 Mai 1572, on a donné la préférence à la Loi du domicile de la femme, au jour du mariage. Voici l'espece telle qu'il la rapporte. » Un particulier domicilié à Aigue-Perce, qui est un lieu régi par la Coutume locale de Montpensier, contracte mariage avec une femme domiciliée dans la Coutume générale d'Auvergne, où le contrat de mariage fut passé, & elle lui apporte 1200 livres en deniers comptants: immédiatement après le mariage, le mari & la femme se rendirent à Aigue-Perce, où ils continuerent de demeurer.

A Aigue-Perce, *art.* 6, le mari, en cas de survie, gagne pour lui & les siens la moitié des deniers dotaux; dans la Coutume d'Auvergne au contraire, *art.* 10 *du chap.* 14, le mari, après le décès de sa femme, est tenu de les rendre.

La femme décede la premiere, ayant de son mariage deux filles & un fils.

Le pere marie les deux filles, & il les fait renoncer à la succession de leur mere.

Le pere vend ensuite un bien qui lui étoit propre, & il décede.

Les deux filles renoncent à la succession de leur pere, & font assigner l'acquéreur en déclaration d'hypothéque, à la restitution pour chacune, de leur tiers dans les 1200 livres de dot.

Sentence du Bailli de Montpensier, qui renvoie l'acquéreur de la demande, & condamne les filles aux dépens.

Appel en la Cour; Arrêt qui déclare la Seigneurie vendue, affectée, obligée & hypothéquée au paiement & restitution des deux tiers appartenants aux filles dans les deniers dotaux de leur mere.

Il me semble qu'il y a quelque chose qui ne s'entend pas bien dans le fait qui a donné lieu à l'Arrêt: car, 1°. les deux filles ayant été mariées par leur pere, elles avoient été probablement dotées, & leur dot étoit à défalquer sur ce que leur pere pouvoit leur devoir. Cependant par l'Arrêt on leur adjuge les deux tiers des deniers dotaux, qui est tout ce qui pouvoit leur appartenir, étant trois enfants. Mais quoi qu'il en soit, & en se renfermant dans la question mixte, nous trouvons dans M. René Chopin, qui rapporte ce même Arrêt, *de privilegiis*

rusticorum, lib. 2, p. 2, ch. 2, n. 4, de societate pecoris pascendi, une circonstance bien différente & bien décisive néanmoins, & qui justifie pleinement à cet égard la décision de l'Arrêt ; il observe que les conjoints avoient contracté mariage en Auvergne, & avoient adopté les Loix d'Auvergne, & que depuis ils avoient transféré leur domicile à Aigue-Perce, Coutume locale, *Arvernis moribus contractum est inter villicum & colonam matrimonium ; ambo deindè commigrant in Montpensarii Ducatus regionem*, & que la question fut si le Paysan, après le décès de sa femme, pouvoit prétendre tous les meubles, comme gain nuptial, suivant le domicile pris depuis le contrat de mariage, & depuis les conventions matrimoniales, *& domicilio post dotale pactum & instrumentum supervenienti.* Au lieu que Bacquet dit que le mari étoit domicilié à Aigue-Perce au jour de son mariage, qu'immédiatement après ils s'y étoient retirés, & ne parle, en aucune maniere, qu'ils eussent contracté *Arvernis moribus.*

L'Arrêt, dans l'espece rapportée par Chopin, est certainement conforme aux principes de tous nos Auteurs. Si les Parties étoient domiciliées dans la Coutume générale d'Auvergne, au jour de leur mariage, ou s'ils en avoient adopté les Loix, c'étoit incontestablement la Loi d'Auvergne qu'il falloit suivre, & non pas la Loi locale d'Aigue-Perce où les conjoints étoient allés demeurer depuis ; & en ce cas il étoit de regle de donner la préférence à la Loi d'Auvergne, non pas comme Loi du domicile de la femme, mais ou comme Loi du domicile des Parties, ou comme Loi convenue.

D'ailleurs je ne craindrai pas de dire, sans vouloir manquer au respect que j'ai pour les décisions souveraines, que supposé que l'espece jugée, fût telle qu'elle est rapportée par Bacquet, les principes sur nos questions mixtes, n'étoient pas pour lors développés, ni si connus qu'ils le sont aujourd'hui, & qu'il seroit permis de revenir à l'examen de questions aussi difficiles & aussi embarrassées que le sont celles-ci ; & à ne considérer que la droite raison, peut-on croire qu'une femme qui quitte son domicile pour n'y jamais revenir, qui va vivre sous les Loix qui ont lieu dans le domicile de son mari, veuille néanmoins être réglée par des Loix qu'elle quitte elle-même ? Cela ne tombe pas en présomption ; c'étoit à la femme à se réserver,

l'exécution

l'exécution des Loix de ſon domicile, ſi elle entendoit un jour les réclamer.

Il eſt vrai, & c'eſt une autre exception du principe général, que ſi le mari s'étant marié dans le lieu du domicile de ſa femme, y établiſſoit à l'inſtant ſon propre domicile, ce lieu, dès ce moment, deviendroit celui du domicile matrimonial, non pas parce que c'eſt le domicile de la femme, mais parce que le mari l'auroit choiſi pour le ſien. C'eſt la déciſion d'Alexandre, *conſ.* 100, *liv.* 3; de Décius, *conſ.* 19 & 402; de Tiraqueau, *de legib. connub. gl.* 2, *n.* 45; de Lebrun, Traité des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 3, *ſect.* 7, *n.* 13; & de Garcias, *de impenſis & acqueſt. n.* 140, 141 & 142. Voici comment s'exprime ce dernier. *Sed pone conjugem domicilium habere in uno regno, uxorem in alio, contractum eſſe matrimonium in loco domicilii uxoris, aut alibi, diverſaſque eſſe leges de dividendis & lucrandis bonis; quæ leges ſint attendendæ in quæſtione : communis & recepta ſententia tenet conſiderandam eſſe conſuetudinem & ſervandas leges illius regni, aut loci, ubi maritus habet domicilium tempore quo matrimonium contrahitur .... etiamſi maritus poſtea mutet domicilium, & moriatur in domicilio novo.* Boérius ſur Berri, *de conſuetud. matrimo.* §. 4; *ſed communis ſententia non habet locum ſi maritus contraxit matrimonium in domicilio uxoris, eo conſilio ut ibi vivat & moriatur.*

Mais je n'eſtimerois pas qu'une réſidence dans le domicile de la femme, pour y faire, par le mari, le recouvrement des dettes actives de ſa femme, ou pour jouir & percevoir des nourritures qui lui avoient été promiſes en dot, pût être regardé comme le domicile matrimonial, s'il retournoit enſuite dans ſon ancien domicile.

Je n'eſtimerois pas encore que tout autre endroit non connu, ni prévu par les deux Parties conjointement, & où le mari iroit s'établir immédiatement après ſon mariage, pût être regardé comme le domicile matrimonial.

Je craindrois que le mari ne fût en fraude, en celant ainſi le domicile qu'il auroit en vue, à moins qu'un homme n'en eût point du tout; ce qui eſt rare, ne fût-ce que celui d'origine qui néanmoins ne l'emporteroit pas toujours, s'il paroiſſoit totalement abandonné. Voyez M. le Préſident Bouhier, *ch.* 21, *n.* 43.

Cela préſuppoſé, le concours ne peut plus reſter dans l'eſ-

pece que nous avons proposée ci-devant, qu'entre la Coutume du domicile du mari au jour du mariage, celle du domicile au jour du décès du mari, ou de la femme, & enfin celle de la situation des biens. C'est là où porte toute la difficulté, & il nous reste à examiner dans la concurrence de ces trois Coutumes, quelle est celle qui doit l'emporter.

J'entends, comme je l'ai dit ci-devant, par ces termes, *gains nuptiaux & de survie*, tous ceux que les Loix accordent au survivant des conjoints, soit que ce soit prochainement à cause de la célébration de mariage, soit que ce soit d'une maniere moins prochaine & plus éloignée.

J'ai dit dans mes Dissertations sur les démissions de biens, *page* 159, en parlant en général des Droits de survie, que ces droits accordés par la Loi du domicile, étoient, ou expressément convenus, ou tacitement; & que dans l'un & l'autre cas, ils étoient dûs conformément à la Loi du domicile, lorsqu'ils étoient purement mobiliers.

Mais que si ces droits étoient immobiliers, c'est-à-dire, à prendre en nature de biens fonds, pour lors j'ai distingué: ou ces biens appartiennent aux conjoints, sans leur concours, ou avec leur concours; si sans leur concours, il faut suivre la Loi réelle de la situation; que si par le concours des conjoints ces biens sont situés ailleurs, pour lors la Loi du domicile matrimonial qui passe *in vim legis, & taciti pacti* agit sur ces biens, par la crainte de la fraude.

M. le P. Bouhier, *pag.* 516, estime que mon systême de la convention présumée, auroit dû me faire appliquer ma décision généralement à tous les biens immobiliers en quelqu'endroit qu'ils puissent être situés; mais quand pour des droits réels, j'invoque la convention présumée de la Loi du domicile matrimonial, c'est que je crois qu'il est de regle de ne l'invoquer qu'autant que les biens y sont situés, ou qu'ils sont situés ailleurs par le fait de l'homme, pour faire fraude à la Loi.

Mais pour l'éclaircissement de toutes les questions particulieres qui peuvent tomber sur les gains de survie, il faut entrer dans quelque détail.

M. Froland, *pag.* 395, de ses Mémoires sur les Statuts, croit que l'on peut distribuer tous ces gains nuptiaux en deux classes, ceux qui sont une suite de la communauté, & ceux qui n'en sont pas.

En la queſtion 19 de mes Diſſertations ſur les queſtions mixtes, j'ai diſtingué entre les gains de ſurvie ceux qui appartiennent aux conjoints, comme conjoints, & ceux qui leur appartiennent en toute autre qualité, quoiqu'acceſſoire à celle de conjoints.

Cette diviſion que je faiſois pour lors, pouvoit ſuffire par rapport à la queſtion que je me propoſois de traiter; mais elle eſt trop reſtreinte, dès qu'il s'agit de traiter en général de tous les gains de ſurvie.

C'eſt pourquoi je ſubdiviſe les droits de ſurvie qui regardent les conjoints, comme conjoints, en ceux concernant la dot, ceux concernant la communauté, ceux concernant le douaire, parce que tous ces droits, quoiqu'appartenant aux conjoints à titre de conjoints, peuvent avoir leurs principes différents.

A l'égard des autres droits qui peuvent appartenir aux conjoints, en toute autre qualité que celle de conjoints, quoiqu'acceſſoire à celle de conjoints; ces droits ſont ordinairement ceux qui ſont accordés à la qualité de pere: tels ſont ceux de garde-noble ou bourgeoiſe qui ont lieu dans quantité de nos Coutumes, ceux accordés en Normandie à un pere qui a eu un enfant né vif de ſon mariage, ceux de puiſſance paternelle & autres. Entrons en matiere.

Droits de ſurvie appartenants aux conjoints, comme conjoints à raiſon de la dot.

Je ne prétends pas entrer dans l'énumération des gains nuptiaux de ſurvie, preſcrits tant dans le Pays de Droit écrit, que dans les différentes Coutumes du Royaume. Si l'on veut s'inſtruire ſur la variété & la multiplicité de ces gains, en ce qui regarde les Pays de Droit écrit, il faut avoir recours au Livre unique que M. Antoine-Gaſpard Boucher d'Argis, notre confrere, nous a donné, intitulé *des gains nuptiaux & de ſurvie:* ce Livre contient quantité d'uſages ſur cette matiere que communément on ignore, ou que l'on ne peut apprendre qu'après bien des recherches. Ce confrere aſſiſtoit aux conférences que MM. Froland, Maillard & moi avons faites en 1729, avec quantité de nos jeunes confreres, qui ſont aujourd'hui l'ornement du Barreau; & quoiqu'il fût jeune lui-même, je connus

néanmoins par ſon bon eſprit, ſon émulation & ſon application, qu'il feroit honneur à l'ordre : il commence par où les plus anciens ſont trop heureux de finir. *Primordia tanta vix pauci meruere ſenes.*

J'obſerverai ſeulement d'après ce qu'a remarqué cet excellent confrere, que dans les Pays de Coutumes les gains de ſurvie ſont totalement différents de ceux des Pays de Droit écrit, & que chaque Province a même ſur cette matiere ſes uſages particuliers ; que dans preſque tous les contrats de mariage paſſés en Pays coutumier, on y ſtipule un préciput au profit du ſurvivant à prélever avant partage ſur la maſſe de la communauté : ſouvent même ce préciput eſt accordé à la femme ſurvivante, quoique renonçante à la communauté ; qu'indépendamment de ce préciput conventionnel, pluſieurs Coutumes donnent aux conjoints nobles, les unes tous les meubles & effets mobiliers, lorſqu'il n'y a pas d'enfants, les autres une certaine nature de meubles ſeulement, &c.

Le douaire eſt encore un gain de ſurvie pour la femme qui n'en a communément que l'uſufruit, & dans beaucoup de nos Coutumes la propriété en appartient aux enfants, en renonçant à la ſucceſſion de leur pere.

Les conjoints ſont encore autoriſés pendant le mariage à s'accorder certains gains de ſurvie ; mais à cet égard cette permiſſion eſt très-variée ; quelques Coutumes ne le permettent qu'en uſufruit, d'autres en propriété, les unes n'y ayant enfants, d'autres y en ayant.

Dans le Pays de Droit écrit on admet pour gain de ſurvie l'augment de dot pour la femme, le contre-augment pour le mari ; il y a outre ce, des bagues & des joyaux.

Ces gains du Pays de Droit écrit n'ont pas lieu également par-tout & de la même maniere.

A Lyon l'augment de dot a lieu au profit de la femme ſurvivante, & cela de plein droit & ſans ſtipulation ; mais pour les bagues & joyaux, il faut une convention ainſi que pour le contre-augment, quand le mari en veut un.

En Beaujolois, non-ſeulement l'augment, mais encore les bagues & joyaux y ont lieu de droit & ſans ſtipulation.

Dans le Mâconnois & dans la Provence, ni l'augment, ni les bagues & joyaux n'ont lieu ſans ſtipulation.

Au Parlement de Pau, il ne faut pour l'augment au-

cune ſtipulation ; mais il en faut pour le contre-augment.

Je ne fais qu'indiquer, parce que l'on trouvera à ſe ſatisfaire abondamment dans le Livre de M. Boucher d'Argis.

Reſte à obſerver que ces gains de ſurvie dans les Pays de Droit écrit, conſiſtent plus communément en effets mobiliers, ou en ſommes de deniers que le ſurvivant a à prendre après le décès du prédécédé ; mais quelquefois auſſi ils conſiſtent en quotité dans les immeubles, ou en des droits d'uſufruit.

Cela préſuppoſé, les conjoints étoient domiciliés dans un lieu au jour de leur mariage, leurs biens étoient dans un autre, & depuis leur mariage ils ont changé de domicile, & l'un d'eux eſt mort dans ce nouveau domicile.

Tous ces différents endroits donnent différents gains de ſurvie ; comme nous venons de l'obſerver, & entre ceux qui donnent les mêmes gains, les uns les donnent de droit, les autres exigent une ſtipulation : *quid Juris ?*

Sur toutes ces queſtions j'eſtime qu'il faut bien remarquer quelle eſt la nature & la qualité des gains accordés : ſi dans le lieu du domicile matrimonial les gains de ſurvie y ſont accordés en meubles ou deniers, j'eſtime qu'il faut ſuivre la Loi de ce domicile, tant pour la maniere d'acquérir ces droits, que pour la quotité & qualité d'iceux, ſoit que les biens dotaux ſoient ſitués en Pays qui exigent une autre maniere, ou qu'ils accordent une autre quotité ou qualité de gains.

Il faut ſe reſſouvenir que nous ne parlons ici que des droits appartenants aux conjoints, comme conjoints à raiſon de la dot.

Or, peut-on douter que c'eſt la Loi du domicile du mari au jour du mariage, qui ſeule peut donner ces droits que nous ſuppoſons être en deniers & effets mobiliers ?

Ce ne peut pas être d'abord la Loi d'aucun nouveau domicile, parce que cette nouvelle Loi reçoit les conjoints tels qu'ils ſont, & avec les droits qui leur ſont acquis au moment même qu'ils ont été affectés de la qualité de conjoints ; c'eſt ce que Me Ch. du Molin a décidé pour ce cas particulier.

Si maritus poſtea cum uxore tranſtulerit domicilium, an debeat attendi illud quod erat tempore contractûs, an vero ultimum quod invenitur tempore mortis, & iſtud ultimum tenet Salic. hîc in L. 1, *col.* 4, *& ſequitur Alex. in Dec. conſ.* 100 ; *ſed hoc non ſolum iniquum ; quia maritus de loco in quo nihil lucratur, vel*

tantum 4tam, posset transferre domicilium ad locum in quo totam dotem lucraretur, premoriente uxore sine liberis ut Tolosæ, & quod sit falsum probo per textum, dict. L. exigere in fine, ubi loquitur de certo illo domicilio, ad quod ipsa mulier per conditionem matrimonii, rebus sic stantibus erat transitura; ergo intelligitur de primo tunc prævisso, & intellecto, & non de posteriori, quia per prædicta inest tacitum pactum quod maritus lucrabitur dotem conveniam; in casu, & proportione Statuti illius domicilii quod prævidetur, & intelligitur, & istud tacitum pactum, nisi conventum fuerit, intrat in actionem ex stipulatu reuxoriæ, & illam informat; itaque semper remanet forma semel ab initio impressa.

Rodericus Suarès, en son Traité, *de Lucris mariti, & uxoris*, *n.* 41, après avoir adopté la Loi du domicile matrimonial, ajoute, *illud est verum, etiamsi maritus post contractum matrimonium mutaverit domicilium suum; nam attenditur consuetudo illius domicilii quod erat tempore quo fuit contractum matrimonium, quia attendi debet locus ubi fuit orta obligatio, non ubi recepit purificationem.*

C'est encore la décision de Mascardus, *concl.* 7, *n.* 62, *obligatio enim ad dotem, & dotis restitutionem oritur tempore contractûs, conditionaliter purificanda per actum mortis; attenditur ergo locus destinati contractûs; & obligationis, tempore contractûs, non locus purificatæ obligationis*; & au *n.* 69, vers le milieu il s'explique encore plus positivement, *nec obstat quod lucrum provenerit ex morte mulieris quæ tempore novi Statuti contigit, ideo novum Statutum inspici oportere, quia negatur presuppositum; nam imo provenit lucrum ex ipsomet contractu dotali à principio in quo partes convenisse, & mentem accommodasse censentur ad lucrum tunc temporis certum, & determinatum à Statuto, non autem ad illud quod ignorabant, & non poterant divinare; & licet effectus executionis talis contractûs differatur in tempus mortis, uxoris tamen jus fuit ortum à principio ipsius contractûs, licet conditionaliter.*

Ce sont ces principes qui m'ont fait dire en mes démiss. *pag.* 157, que l'avis de ceux qui décidoient pour la Loi au jour du décès, heurtoit les grands principes, & qu'il étoit plus simple de fixer la nature des droits que les conjoints peuvent avoir les uns contre les autres, arrivant la dissolution du mariage au bout de 10, 20 & 30 ans, par ceux qu'ils auroient eus, si le

lendemain du mariage célébré, l'un des deux étoit mort, & c'est principalement aux gains sur la dot que ces réflexions doivent être appliquées.

Ces réflexions sont devenues d'un grand poids depuis que M. le P. Bouhier les a approuvées, *chap.* 22, L'Arrêt de 1329, rapporté par Chopin sur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 2, *tit.* 2, *n.* 4, est entiérement conforme à ce que nous venons de dire. Un Périgourdin, qui demeuroit depuis du temps à Paris, y avoit contracté mariage avec une fille qui y étoit domiciliée, & depuis ils y avoient demeuré encore long-temps; le mari avoit ensuite emmené sa femme en Périgord, où il étoit décédé: il fut ordonné que sa veuve ne pourroit demander un augment de dot, suivant ce qui s'observoit en Périgord; mais qu'elle auroit les gains nuptiaux, suivant la Coutume de Paris: c'est encore l'espece de l'Arrêt du 23 Mai 1572, ci-devant rapporté, du moins si on s'en tient aux circonstances détaillées par Chopin, comme nous l'avons observé.

Pallu, qui estime que *in lucris reciprocis inspicitur tempus mortis quantum ad mobilia*, a de la peine à digérer cet Arrêt de 1572. Il prétend sur l'*art.* 247 de la Coutume de Tours, que la qualité des parties peut y avoir donné lieu, parce que, dit-il, c'étoient deux Paysans, lesquels ont le plus communément leurs biens en meubles & bestiaux; & que l'on jugea qu'il n'étoit pas raisonnable que par le changement de domicile au Duché de Montpensier, qui attribue les meubles au survivant, les héritiers du prédécédé fussent privés de toute la succession, ce qu'il n'y auroit pas lieu de tirer à conséquence aux nobles qui ont leur principal bien en fonds: mais la différence que Pallu prétend mettre entre les nobles & les roturiers pour se débarrasser de l'Arrêt, n'est pas raisonnable elle-même; la Coutume locale de Montpensier donnant au mari survivant la moitié des deniers dotaux, le mari survivant, quoique paysan, devoit, dans le principe de Pallu, les avoir.

Au surplus nous allons observer tout présentement, que Pallu ne se soutient pas dans ses décisions, & que par conséquent sa critique n'est pas du poids qu'elle devroit être.

Si pour fixer ces gains de survie accordés à raison de la dot en meubles ou deniers, il ne faut pas consulter la Loi du domicile au jour du décès, il ne faut pas plus consulter la Loi de la situation des biens dotaux.

C'est pour ces gains à fournir en meubles ou en deniers que j'emploie l'endroit de Me Ch. du Molin, où il dit que les conjoints sont présumés convenir de ces droits dans le moment de leur mariage, & conformément à la Loi qui régit leur mariage. Voici comme il s'exprime: *Inest tacitum pactum quod maritus lucrabitur dotem conventam in casu, & pro portione Statuti illius domicilii quod prævidetur, & intelligitur, & istud tacitum pactum, nisi conventum fuerit, intrat in actionem ex stipulatu rei uxoriæ, & illam informat.... non solum inspicietur Statutum, vel consuetudo primi illius domicilii pro bonis sub illo sitis; sed locum habebit ubique, etiam extra fines, & territorium dicti Statuti etiam interim correpti, & hoc indistincte, sive bona dotalia sint mobilia, sive immobilia ubicumque sita, sive nomina.* Voici la raison qu'il en donne: *ratio punctualis specifica hîc procedit in vim taciti pacti ad formam Statuti, veluti quod tacitum pactum pro expresso habetur, ergo illud lucrum statutarium propriè non est legale, sed conventitium, seu pactionale*, C. lib. 1, tit. 1, concl. de statut.

C'est en conformité que, *pag.* 159 de mes démissions de biens, j'ai dit que ces sortes de droits mobiliers, ou sont expressément convenus par le contrat de mariage, ou s'il n'y a pas de contrat de mariage, ils sont présumés tacitement convenus entre les parties, & dans l'un ou l'autre cas ils sont dus aux conjoints conformément à la Loi du domicile du mari lors du mariage.

Mais, comme l'on voit, il n'est encore question que des gains mobiliers: car par rapport aux droits qui consistent en réalité, comme droits d'usufruit, ou droits de propriété, j'ai cru qu'ils avoient leurs réflexions particulieres.

Il y a donc par rapport à ces gains mobiliers, ou une convention tacite & présumée, ou une convention expresse.

Mais y a-t-il même nécessité d'admettre une convention présumée? & ne pourroit-on pas absolument dire que la Loi du domicile matrimonial donnant de son autorité pour gains de survie, des meubles, ou une somme de deniers, & les fixant, & les déterminant à une certaine quotité, elle est en droit d'imposer cette charge sur les conjoints, & de les borner à ce qu'elle juge à propos de donner, sans recourir à aucune convention présumée?

Cette premiere décision a lieu, soit que la dot consiste en meubles, soit qu'elle consiste en immeubles, *sive bona dotalia sint*

ſint mobilia, ſive immobilia, ſoit même que ces immeubles ſoient ſitués ailleurs, *ubicumque ſita ;* parce que la Loi du domicile matrimonial eſt pleinement la maîtreſſe d'accorder aux conjoints tels droits mobiliers qu'elle juge à propos, qu'elle eſt en droit de leur commander, & que n'accordant que des droits mobiliers, elle n'outre-paſſe pas ſon pouvoir.

Mais ſi, au contraire, ces gains de ſurvie étoient à prendre en nature d'immeubles, & pour des quotités différentes, & ſous des modes différents dans le lieu du domicile & dans celui de la ſituation, pour lors le combat entre la Loi du domicile matrimonial & la Loi de la ſituation des biens ſe trouveroit très-ſérieux.

Il paroîtroit qu'il ſeroit plus convenable de ſuivre la Loi de la ſituation. Les droits en queſtion ſont des droits réels ; ce ſont, ou des fonds entiers, ou des quotités de fonds, ou des uſufruits, & il n'y a que les différentes Loix de la ſituation qui puiſſent ainſi diſpoſer des fonds, parce qu'ils ſont ſous leur domination.

Il n'en eſt pas de ce cas comme de celui où les gains de ſurvie ſont en ſimples meubles ou en deniers : c'eſt la Loi du domicile matrimonial qui les regle, comme on vient de l'obſerver ; mais ici ces gains de ſurvie ſont des fonds en nature, ſoumis aux Loix où ils ſont ſitués.

Tel eſt l'avis de M. d'Argentré, *art.* 218 de la Coutume de Bretagne, *n.* 46, à l'occaſion préciſément du gain de la dot, *nos rerum lucrandarum ſitum ſpectandum dicimus, & quid de ea re ſingularia Statuta permittant, quid abnuant, reſpiciendum : quare ſi Lugduni incola tale Statutum habeat domi, fruſtra res Britannicas vindicabit, nec enim de rebus ſoli legem ab alieno domino poni nobis paſſuri ſumus qui alio jure utimur.*

Burgundus eſtime cette déciſion de d'Argentré ſi certaine, qu'il ne veut pas même qu'on entreprenne de l'établir. Voici le titre de ſa Diſſertation, *cujus loci Statutum in lucro dotis ſpectemus, viri an uxoris, contractûs, an domicilii ?* & voici ſa déciſion. *Si dotalitium rei immobilis in controverſiam veniat, & antiquitus obtinuit ſententia, ut ad locum ſitûs reſpicere oporteat, quæ, cùm uſque ad noſtra tempora, apud omnes qui moribus reguntur, inviolabilis duret, non eſt committendum ut illam dubiam faciam deffenſionis ſollicitudine*, tract. 2, n. 10.

Mais pour le parti contraire on peut dire, comme je l'ai

observé en mes questions mixtes, *dissert.* 19, *pag.* 356, que la dot est un titre général.

Que sous ce titre de dot sont compris tous les biens qui composent la dot, *sive bona data in dotem sint immobilia, sive sint sita alibi quàm in domicilio viri, semper tamen dotalia dicuntur, & sub nomine dotis datæ venient*, comme dit Mascardus ci-après cité.

Que quand une Loi donne des gains de survie en considération de la dot, elle l'envisage comme une seule masse qui ne peut pas, par cette raison, être sujette à différentes Loix.

Que la volonté des Parties qui a rangé tous ces biens dans une même classe, & sous la même dénomination de dot, s'est portée aussi vers une même Loi qui est celle du domicile.

C'est apparemment ce qui a déterminé Me Ch. du Molin à décider pour la Loi du domicile matrimonial, *sive bona dotalia sint mobilia, vel immobilia ubicumque sita.*

Me Ch. du Molin appuie son sentiment sur l'autorité de Balde *in C.* 1 *de juramento calumn.* Mais c'est en son *cons.* 208, que cet Auteur décide qu'en matiere de droits nuptiaux, les Docteurs estiment qu'il faut considérer *consuetudines & statuta vigentia in domicilio mariti.* Il dit même, *non curo ubi res sint positæ quæ in dotem datæ sunt* : car en l'endroit cité par du Molin, il paroît au contraire qu'il en excepte le cas où les gains de survie consistent en immeubles; *nam speciale videtur in dote ut sequamur consuetudinem viri; sed illud est verum in bonis subjectis illæ consuetudini, si bona loco cohærent.*

Si pour la décision de ces questions, il étoit possible d'admettre le systême de la convention présumée, relative à la Coutume du domicile matrimonial, on trancheroit bien toutes difficultés; mais ce systême est-il admissible? & n'a-t-il pas lui-même ses difficultés? Cette convention effectivement peut bien se présumer par rapport aux meubles & effets régis par la Loi du domicile matrimonial; je prétends même qu'on n'en a que faire dans ce cas; parce qu'à l'instant du mariage, la Loi du domicile matrimonial charge les conjoints d'une dette mobiliaire envers le survivant. Cette créance est, à la vérité, *in pendenti;* parce qu'il est incertain lequel des deux sera survivant; mais le cas du décès avenu, le droit du survivant lui est pleinement acquis, & remonte au moment du mariage.

Mais quand les gains sont accordés en nature d'immeubles,

n'y a-t-il pas autant & plus de raiſon de préſumer que les Parties n'ayant pas fait de conventions expreſſes, s'en ſont tenues aux diſpoſitions des Loix de la ſituation, & ſe ſont référées à ces Loix ; en ſorte que, dans ce cas, la convention préſumée eſt plus naturelle pour la Loi de la ſituation, que pour toute autre Loi ?

La déciſion de d'Argentré & de Burgundus paroît donc plus conforme à la ſévérité des principes admis dans la matiere des Statuts ; & c'eſt ſur ce plan que j'ai répondu en l'affaire du ſieur François-Philippe Ferrand marié à Namur, contre les enfants de ſon premier mariage avec Marie-Françoiſe Rouillon, dite Caſtaigne, native de Namur, laquelle lui avoit apporté des fonds ſitués à Namur, & j'eſtimai que ces fonds étant ſitués à Namur, & que cette Coutume donnant au ſurvivant l'uſufruit des biens réels apportés en mariage, par le prédécédé, c'étoit un préſent d'un droit réel & foncier qu'elle lui donnoit, & qu'elle avoit droit de lui donner ſur des biens qu'elle régiſſoit.

Et s'il y avoit une Loi à faire, je ne ſais s'il ſeroit mieux d'adopter le ſyſtême de la convention préſumée, ſelon lequel il faudroit ſe renfermer indéfiniment dans la Loi du domicile matrimonial. C'eſt, à la vérité, l'avis de Maſcardus, *concl.* 7, *n.* 65, *de gen. ſtatut. interp.* qui, après avoir cité & indiqué pluſieurs Docteurs, dont la déciſion eſt en faveur des différentes Loix de la ſituation, ajoute : *verum de hujuſmodi opinione videtur cogitandum per ea quæ in contrarium expreſſe voluit Baldus, conſ.* 208, *vol.* 3, *ubi affirmat doctores in talibus lucris inſpicere conſuetudines, & ſtatuta vigentia in domicilio mariti ; nam per matrimonium ipſa mulier tranſit in juriſdictionem & poteſtatem ſtatuentium, nec curandum ubi res ſunt poſitæ quæ in dotem datæ ſunt ..... & facit quia diſpoſitio leg. exigere dotem, eſt generalis & indefinite loquens de dote. Ideò etiam ad omnem dotem datam tam in mobilibus quàm in immobilibus referri debet, cùm utraque dos æque dici debeat dos, & textus L. exigere, ſolum dotem datam indiſtincte conſideravit, nec ex eo quod in immobilibus conſiſtat, minus efficitur maritus illius dominus, durante matrimonio, ſicut & illo ſoluto pariter eodem jure debitor cenſetur & remanet ; ideò eadem exactio & lucrum conſiderabitur, nec quod bona ſint immobilia, & ſita alibi quàm in territorio ſtatuentium, poteſt impedire lucrum juxta conſuetudinem domicilii mariti de dotis lucro agentis, quia ratio quare maritus lu-*

cretur de bonis uxoris, est quia fuerunt sibi data in dotem, & intuitu dotis lucrum à statuto permissum est, undè quemadmodum sive bona data in dotem sint immobilia, sive sint sita alibi quàm in domicilio viri, semper tamen dotalia dicentur, & sub nomine dotis datæ venient, ita in illis debet verificari dispositio de lucro dotis loquens, præcipue ex tacita conventione partium, quæ, ut sæpe dictum fuit, censentur accommodasse animum quoad lucrum dotis, ad eam quantitatem quæ ex domicilio viri, prout de jure disponitur, debetur; & quemadmodum dos erit, ut dicebamus, licet bonorum pars in dotem datorum una sit Florentiæ, altera Januæ, 32. Romæ, ita ad omnia prædicta bona tanquam dotalia, & tanquam dotem, partes respexisse dicentur, & in eis quoad lucrum, animum, & conventionem accommodasse, & sic, si quid de virtute statuti deficere in prædictis posset dici, respectu bonorum extra territorium statuentium suppletur, ex consensu partium quæ sicut de lucro dotis cogitasse & convenisse censentur, & dos ita appellatur, & erit si est extra territorium statuti prout si in territorio reperiretur; & Mascardus cite à la fin de ce raisonnement Phanuc. *de lucro dotis, gl. 9, n.* 34, qu'il dit appuyer cet avis *rationibus & autoritatibus.*

Cet avis me paroît fort juridique, quand il ne s'agit que de gains purement mobiliers, ne pussent-ils se prendre que sur des biens situés dans différentes Coutumes non-prohibitives; mais quand il s'agit de gains purement réels, il me paroîtroit, au contraire, que toutes les raisons sont en faveur de l'avis opposé : est-il permis d'admettre qu'une Loi étrangere donne & dispose de biens qui ne sont pas sous sa domination? & comment introduire une convention tacite qui blesse & qui offense l'autorité reconnue dans toutes les Nations, des Loix de la situation? L'homme n'imagine pas de faire des Loix, ou de les changer; il se repose sur celles qui sont faites, & ce repos prévient tout cri & fait cesser toute controverse.

Mais enfin, si l'on admettoit l'avis de Marscardus & de ceux qui l'ont embrassé, je voudrois du moins, pour ne point donner trop d'atteinte aux principes généraux & à l'autorité des Coutumes particulieres, que si la Coutume du domicile du mari donnoit une certaine quotité dans la dot immobiliaire, & que la Loi de la situation donnât une moindre quotité avec prohibition d'outre-passer, ce qui excéderoit, ne pût se prendre dans cette Coutume prohibitive, sauf à le prendre sur les autres Coutumes non prohibitives.

C'eſt pourquoi par une ſuite de principes, ſi la femme mariée & domiciliée en Normandie, ſe trouve dans le cas de bref de mariage encombré, & qu'elle ait des biens dotaux à Paris aliénés, elle ne pourra exercer ſon droit de réintégrande porté au *tit.* 21 de cette Coutume, ſur ſes biens dotaux ſitués à Paris; ces ſortes de droits étant accordés par la Coutume de Normandie, comme droits réels, leſquels ne ſont point accordés par la Coutume de Paris.

Non-ſeulement les Loix accordent aux conjoints des droits de ſurvie dans la dot, mais elles en accordent encore quelquefois aux peres & meres, comme des droits de retour de ce qu'ils ont donné à leurs enfants; quand ces droits ſont en fonds, les peres & meres les tiennent de la Loi de la ſituation, & cela eſt, ſans difficulté, lorſque ces droits ſont mêlés de ſucceſſion, comme porte l'*art.* 313 de la Coutume de Paris; mais quand ces droits conſiſtent en meubles qui leur retournent, c'eſt la Loi du domicile des peres & meres qui dotent qu'il faut ſuivre, parce qu'à leur égard ils ſont préſumés doter conformément à la Loi qui les régit, qui eſt celle de leur domicile qu'ils ne quittent pas pour ſuivre celui de leur gendre. *Maſcard. concl.* 7, *n.* 66. Voyez M. le P. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 167: il rapporte un Arrêt du Parlement de Paris de 1700, qui peut autoriſer cette déciſion en ce que les raiſons qu'il donne peuvent être appliquées à ce que nous venons de dire, qui eſt la convention tacite des peres & meres.

Voilà pour ce qui concerne les gains nuptiaux accordés aux conjoints à l'occaſion de la dot.

Droits de ſurvie appartenants aux conjoints, à raiſon de la communauté.

Nous avons fait voir ci-devant que la communauté d'entre conjoints devoit être régie par la Loi du domicile matrimonial, en ce qui regarde les meubles en général, & les acquiſitions d'immeubles que les conjoints peuvent faire pendant la rée de leur mariage.

Delà il eſt ſenſible que ſi la Coutume du domicile preſcrit au ſurvivant des conjoints communs, & à titre de communs, comme dépendances & appendices de la communauté, certains avantages ſur les conquêts que ne donneront pas d'autres

Coutumes où les conjoints pourroient acquérir, & où ils pourroient transférer leur domicile, il ne faudra néanmoins pour régler ces avantages, ſoit en meubles, ſoit en immeubles, s'arrêter qu'à celle du domicile matrimonial.

La pluralité des Coutumes partage la communauté en deux moitiés; l'une pour le mari ou ſes héritiers, l'autre pour la femme ou ſes héritiers: dans quelques-unes de ces Coutumes, comme celle de Paris, le ſurvivant noble à ſur les meubles quelques avantages plus ou moins reſtreints; d'autres, au contraire, comme Maine, *art.* 299; Anjou, *art.* 283; Tours, &c. outre la moitié des immeubles conquêts qui appartiennent en propriété au ſurvivant, donnent encore au ſurvivant l'uſufruit de l'autre moitié; les unes, *etiam liberis exiſtentibus;* & les autres, *liberis non exiſtentibus*, & il ſemble même que cet uſufruit ſoit un ancien uſage de France, ſuivant les établiſſements de ſaint Louis, *liv.* 1, *chap.* 134.

Pallu ſur l'Article 247 de la Coutume de Touraine, propoſe notre queſtion en ce qui regarde les meubles de la communauté. Si, dit-il, après le mariage contracté en Touraine, le mari y ayant lors ſon domicile, & les conjoints y ayant demeuré quelques années, ſont allés demeurer en autre Province, en laquelle la Coutume n'attribue au ſurvivant les meubles, j'eſtime (c'eſt Pallu qui parle) qu'il ne laiſſera pas que de les avoir, pourvu qu'ils aient contracté communauté en termes exprès, ſuivant la Coutume de Touraine, *quod includit tacitum pactum* de prendre les meubles par le ſurvivant, ainſi qu'il a été jugé par Arrêt d'Audience du 16 Juillet 1585, rapporté par Chopin ſur Anjou, *liv.* 3, *chap.* 2, *tit.* 2, *de connub. bonor. ſocietate, n.* 16, *fol.* 403.

Pour l'intelligence de cet Arrêt, il faut remarquer que l'Article 247 de la Coutume de Touraine donne au ſurvivant des conjoints nobles les meubles, s'il veut les prendre, à la charge de payer les dettes perſonnelles mobiliaires, frais funéraires, dons & legs teſtamentaires à une fois payer.

Ce don de la Coutume eſt accordé, comme on a pu le remarquer de ce que nous venons de citer de Pallu, aux conjoints nobles domiciliés en Touraine, & communs entre eux de la communauté, telle qu'elle eſt admiſe en cette Province, & cela *propter tacitum pactum;* & c'eſt par cette raiſon même que Pallu eſtime que le changement de domicile ne ſauroit

faire perdre aux conjoints les droits qui leur ſont acquis à titre de communauté, par la Loi du domicile matrimonial.

Mais Pallu n'eſt pas conſtant dans ſes principes & dans ſes déciſions : car immédiatement après ce que nous venons de citer, il veut que ſi les conjoints nobles qui étant domiciliés & mariés en une Province qui admet, à la vérité, la communauté, mais qui n'attribue pas les meubles au ſurvivant, venoient enſuite demeurer en Touraine, où l'un d'eux décede, le ſurvivant puiſſe jouir du privilege de la Coutume de Touraine qui lui attribue les meubles ; & dès-lors de quels principes peut-on partir ? Car ſi le mari marié en Touraine, ne perd pas les meubles, nonobſtant ſon changement de domicile, & cela *propter tacitum pactum*, comment le mari marié hors cette Coutume, & dans une autre qui ne les donne pas, & où on ne peut pas préſumer *tacitum pactum*, peut-il les acquérir en venant demeurer en Touraine ? Il faudra donc arbitrairement décider, tantôt par la Loi du domicile matrimonial, & tantôt par la Loi du domicile actuel au jour du décès du prédécédé, & dès-lors ce n'eſt plus décider par principes.

Cette derniere déciſion ne ſauroit donc ſe ſoutenir, parce que ces gains de ſurvie, quand ils dépendent de la communauté, n'en ſont pas des dépendances néceſſaires : ils n'ont pas lieu dans pluſieurs Coutumes qui admettent la communauté ; ils ne ſont donc pas dûs de droit, à cauſe de la communauté en général, mais à cauſe de telle communauté : ils doivent prendre naiſſance avec la communauté, de la nature dont elle eſt dans le lieu du domicile matrimonial, & aucun changement de domicile ne ſauroit ajouter après coup, au profit des conjoints, des droits de ſurvie que leur communauté, dans ſon principe, ne leur donne pas, comme le changement de domicile ne ſauroit les leur ôter, quand ils les ont eus dans le principe.

J'eſtime donc la premiere déciſion de Pallu meilleure que la ſeconde, & je ne ſaurois être frappé de la raiſon qu'il allegue pour l'autoriſer, qui eſt que *in lucris reciprocis inſpicitur tempus mortis quantum ad mobilia ;* principe que j'eſtime faux, ſi on en veut faire une regle générale, & faux dans l'application qu'en fait Pallu.

Chopin, en l'endroit ci-deſſus cité, *n.* 16, autoriſe bien la premiere déciſion de Pallu ; mais il ne faut que l'entendre

pour être persuadé qu'il n'autoriseroit pas la seconde. Voici comme il parle. *Normanus eques Turonicam conjugem accepit, & cum ea legem pactæ bonorum societatis pro moribus Turonicis: intra bimestre maritus occubuit, relicto fratre hærede; cui vidua negotium facessit de universitate moventium, superstiti conjugi Turonum lege attributa, §. 247: hæres vero contra allegavit mortui domicilium in Neustria sua fuisse, cujus morem domicilii res mobiles, uxorque adeo cum domestica supellectile consectentur; atqui Normanicâ consuetudine tantum abest ut moventia cuncta lucrifiant à vidua muliere, ut nec ea quidem in bonorum cum marito societatem adsciscatur; petitricem igitur rerum mobilium semisse contentam esse debere, ex pacto illo Neustriæ morum derogatorio, non autem totum auferre ex patriis Turonum constitutionibus, nec enim duas causas lucrativas, aut singularia duo jura simul misceri fas esse, ut à nobis toties supra demonstratum est: ad ea autem replicat vidua, expressam illam societatis conventionem, tacitum quoque mobilium lucrum includere, quod sociorum conjugum superstiti lege deferatur. Partibus auditis, senatus censuit amplius deliberandum, addixitque interim mobilium partem dimidiam viduæ mulieri, vindiciario decreto in publica fori concertatione, 16 Kalend. Febr. anno 1585, Chauvelino pro appellante vidua & Roberto pro hærede, J. Quinceo dicentibus; at semi-anno post actrix obtinuit supremo curiæ judicio, moventiaque ei adjudicata omnia cum oneribus Turonum lege prescriptis, pridie nonas quintiles ann. 1585: optime hercle cùm statuarium illud superstitis conjugis lucrum pendeat ab ancipiti, & dubio fatorum eventu cum mutua, ac reciproca conjugum spe, quæ ab hoc genere emolumenti invidiam omnem amolitur: mobilium item commodum proxime conjunctum habet illa bonorum communicatio viri & uxoris, quam non modo conjuges ex Turonum ritu stipulati erant, sed variæ etiam Gallorum Provinciæ velut indigenam legem amplexi sunt; quin immo de tali fortunarum societate extat Ripuaria Lex istæc, vidua tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverunt, sibi studeat evindicare, vel quidquid ei in Morganghebа traditum fuerat, tit. de dot. mulierum; uberius adhuc Saxonum lege mulieri prospectum est hoc verborum contectu, de eo quod vir & mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat; legis Saxonum, tit. 8, de acquisitis ex lib. legis Salicæ, Alemanorum, Saxonum, &c.*

M. Denis Lebrun en son Traité de la Communauté, *liv.* 1, *ch.*

ch. 2, *n.* 40, dit que l'on ne peut pas changer l'établissement de communauté fait par le contrat ou par la Coutume, selon laquelle on doit partager les meubles aussi-bien que les conquêts; & ce principe qui me paroît conforme aux regles & à la volonté présumée des parties, fait cesser tout systême contraire.

Delà j'estimerois que si des conjoints nobles sont mariés à Paris, dont la Coutume donne en l'*art.* 238, un certain préciput légal au survivant, & qu'ils aillent demeurer ailleurs où pareil préciput n'a pas lieu, ils ne le perdront pas pour cela, comme ils ne l'acquerroient pas, si étant mariés dans une Coutume qui ne le donne pas, ils venoient demeurer à Paris, & cela, parce que je regarde ce préciput comme une suite & une dépendance de la communauté Parisienne.

Je sais bien que Bacquet, *ch.* 21 des Droits de Justice, *n.* 75, est d'avis contraire, & qu'il estime que si des conjoints même roturiers, mariés à Paris & en communauté de biens, y ayant longuement demeuré, transferent leur domicile ailleurs, & vont demeurer en Barrois, où le survivant des conjoints noble ou roturier gagne tous les meubles, suivant l'*art.* 122, ils appartiendront au survivant d'eux; mais cette décision changeroit l'établissement de la communauté qui doit être régie par la Coutume de Paris, & qui ne donne pas indistinctement à tous les conjoints étant en communauté, mais aux nobles seulement, le préciput de l'*art.* 238; & la décision de Bacquet ne pourroit avoir lieu qu'autant que dans la Coutume de Bar, il seroit vrai de dire que les meubles sont déférés au survivant des conjoints, non pas à titre de communauté, mais à quelque autre titre qui auroit ses regles différentes, & que j'examinerai ci-après.

Je me suis expliqué assez amplement en mes Dissertations mixtes, *Quest.* 19, *pag.* 378, sur cette question particuliere de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, & depuis j'ai trouvé dans un traité intitulé, *Traité des Minorités*, imprimé en 1714, chez Cochard, *pag.* 248, deux Arrêts rapportés par l'Auteur, conformes à ce que je viens de dire. Voici comme il parle. « Ce » gain de survie de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, se regle » comme la communauté, par la Coutume où les conjoints no- » bles ont été mariés, quoique les conjoints eussent transféré » leur domicile. « Arrêt du 5 Mai 1710, en la troisieme des Enquêtes, au rapport de M. de la Guillaumie, conforme à un au-

tre qui avoit été rendu en la Grand'Chambre, au rapport de M. l'Escalopier, le 20 Août 1706, & à l'ancienne Jurisprudence des Arrêts. Voyez le Maître sur Paris.

Il est vrai que ceux qui combattent cette décision particuliere, prétendent que le préciput légal de l'article 238 de la Coutume de Paris, est déféré au survivant, comme droit successif; ce qu'ils établissent par plusieurs raisons.

La premiere, que ce droit non-seulement n'est ouvert qu'après le décès de l'un des conjoints, mais même qu'il n'est acquis, ni formé que dans ce temps, de même que les successions.

La seconde, qu'à ce préciput est attaché la charge de payer les dettes mobiliaires du défunt, qui est une charge naturellement attachée au droit de succéder.

Enfin, qu'il en est de même de la charge de payer les obseques & funérailles du défunt.

Mais il me semble qu'on peut répondre à tous ces arguments, par cette seule observation, que le gain de survie n'est accordé qu'aux conjoints qui sont en communauté, & qu'il ne se prend que sur les effets de cette même communauté.

Mais cette décision n'auroit pas lieu dans toutes les Coutumes, même celles qui admettent la communauté entre conjoints, & qui leur donnent ce droit de survie, lorsque ces Coutumes ne le donnent pas comme suite & dépendance de communauté.

La Coutume de Poitou, par exemple, admet la communauté, & accorde au survivant des conjoints nobles, la totalité des meubles, & néanmoins les Commentateurs de cette Coutume décident sur les *art.* 227 & 238, que ce droit est un privilege qui n'est pas donné *ratione communionis, sed nobilitatis, quæ nobilitas est precipua & essentialis causa hujus privilegii*; d'où ils concluent que les conjoints séparés de biens pendant leur mariage, peuvent profiter de ce privilege.

Mais si cela est, il doit être indifférent, dans cette Coutume, de savoir où le mariage a été célébré, si c'est avec, ou sans communauté; il suffit d'être revêtu de la qualité de noble, & que les conjoints aient établi leur domicile au jour du décès du premier décédé de l'un d'eux, dans les lieux qui accordent ce privilege.

Aussi Constant sur l'*art.* 228, n'exige le domicile dans les

lieux marqués, *art.* 227 & 228, que *tempore mortis : dummodo*, dit-il, *tempore mortis maritus habeat domicilium in urbe Pictavienſi, aut alio loco gaudente eodem privilegio.*

Quoi qu'il en ſoit, mon principe reſte intact : lorſque les gains de ſurvie qui ſont en meubles, ſont des ſuites de la communauté, & accordés aux conjoints, comme conjoints & comme communs, ils ſe reglent par la Loi même qui regle la communauté ; ce qui me ſuffit, n'ayant intention que de traiter des principes généraux des gains de ſurvie.

Notre Auteur, *ch.* 4 de la 2e partie du *titre* 2, a agité une queſtion aſſez ſemblable d'un droit d'ameublement, accordé par la Loi d'Utrecht au ſurvivant des conjoints ; & il l'accorde indifféremment au ſurvivant, y ayant eu changement de domicile pendant le mariage, parce que, dit-il, ce gain n'eſt pas une dépendance de la communauté, mais eſt accordé, par la Loi d'Utrecht, à tous conjoints qui y ſont domiciliés.

Examinons préſentement la queſtion par rapport aux gains réels accordés ſur des immeubles conquêts. J'eſtimerois encore, toujours par une ſuite & un enchaînement de principes, qu'il faudroit ſuivre la Loi du domicile matrimonial, parce que c'eſt elle qui regle la communauté & les droits des conjoints dans icelle, & qu'ils peuvent, comme conjoints & comme communs, exiger ſur les biens qu'ils acquierent enſemble, tout ce que la Coutume qui regle leur communauté, leur donne en ces qualités ; mais auſſi ils ne peuvent rien demander au-delà : la raiſon en eſt, que ces biens ſont frappés au coin de la communauté & font maſſe de cette communauté, qui en cette occaſion n'eſt régie que par une même Loi. Et pareille queſtion s'étant préſentée dans la ſucceſſion de M. le Marquis de Louvois, Miniſtre de la Guerre, marié à Paris avec dérogation à toute autre Coutume, pour un uſufruit ſur conquêts du Maine, que ſa veuve prétendoit, l'affaire miſe en arbitrage, & les Arbitres ayant paru peu diſpoſés pour la prétention de Madame de Louvois, elle s'en déſiſta. M. Froland, *t.* 1, *pag.* 438, de ſes Mémoires ſur les Statuts.

Pallu, ſur l'*art.* 247 de la Coutume de Touraine, veut que ſi des conjoints ont contracté mariage à Paris, où le ſurvivant n'a la propriété & ne jouit que de ſa moitié des

acquêts, néanmoins, s'ils ont fait des acquiſitions en Touraine, le ſurvivant en jouira, ſuivant l'*art.* 319 de cette Coutume, ſavoir, de moitié en propriété, & de l'autre moitié par uſufruit; mais l'on a vu ci-devant que l'on ne peut pas, en cette partie, compter ſur cet Auteur, qui varie dans ſes réſolutions.

Pour ſauver la déciſion de Pallu, il faudroit dire que dans la Coutume de Touraine, les droits de ſurvie ſur les conquêts immeubles de la communauté, ſont accordés à titre ſucceſſif, l'*art.* 319 de cette Coutume qui donne ces droits, étant ſous le titre des ſucceſſions; mais Pallu lui-même donne à entendre que cette jouiſſance eſt accordée *jure collaborationis.*

Il faut néanmoins convenir qu'on prétend que par l'Arrêt de Bence du 7 Septembre 1695, rendu en la ſeconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Lucas de Meun, on a jugé que le mari, marié à Paris avec communauté & ſoumiſſion à la Coutume de Paris, devoit jouir par uſufruit à titre de viduité, à l'excluſion de ſon fils, de la part que ſa femme avoit eue en propriété dans les conquêts par lui faits, conſtant leur mariage, & ſis en Normandie; mais, à l'occaſion de cet Arrêt, il faut voir la Diſſertation ci-après, faiſant partie de la préſente Obſervation 38; où l'on trouvera quelle eſt la ſorte de biens ſitués en Normandie ſur leſquels le droit de viduité peut être exercé, & quelles ſont les réflexions dont cet Arrêt eſt ſuſceptible.

Je conclurai donc de tout ce que je viens de dire, que, ni le changement de domicile, ni les différentes Loix de la ſituation des biens acquis pendant la communauté, ne ſauroient augmenter, ni diminuer les gains, ſoit en meubles, ſoit en immeubles accordés aux conjoints en qualité de communs; & que ſi la Coutume du domicile matrimonial donne, à raiſon de la communauté, certains droits ſur les conquêts, ou ſi, au contraire, elle ne les donne pas, c'eſt inutilement que les conjoints acquierent dans une Coutume plutôt que dans une autre, que c'eſt inutilement auſſi qu'ils changent de domicile, parce qu'en ce qui eſt de la communauté, elle eſt totalement régie par la Loi du domicile matrimonial.

Tout ce que j'ai dit ci-devant, ſoit par rapport à la dot, ſoit par rapport à la communauté, ſe réduit à un principe

dominant, qui eſt que c'eſt le domicile matrimonial qu'il faut principalement enviſager, quand les Parties ne ſe ſont pas ſoumiſes à d'autres Loix, & cela eſt ſans exception par rapport aux droits que peut donner la communauté dans les biens à acquérir ; car dans quelques endroits que ces acquiſitions ſoient ſituées, & de quelque nature qu'elles puiſſent être, les conjoints y auront toujours les portions & les droits, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, que leur donne la Loi du domicile matrimonial.

Dans mes Queſtions ſur les démiſſions de biens, *queſtion 6, pag.* 159, 160 & 161, j'ai dit, quant aux gains de ſurvie dont il s'agit, ſoit en meubles, ſoit en immeubles, ce que je dis aujourd'hui.

Mais en parlant en particulier des gains de ſurvie accordés en immeubles ſur les conquêts & choſes réputées conquêts, après avoir dit qu'il falloit s'en tenir à la Loi du domicile matrimonial, & après avoir fait l'application de ce principe, j'ai dit que la femme auroit l'uſufruit des conquêts, *in vim Legis & taciti pacti;* ce que j'ai dit vis-à-vis les Coutumes qui accordent un uſufruit, qui eſt l'avantage le plus ordinaire de nos Coutumes, Coutumes que j'avois pour lors principalement en vue; & c'eſt à cette occaſion que M. le P. Bouhier, *ch.* 26, *n.* 64, dit qu'il ne ſait ſur quoi cet uſufruit eſt fondé. Ce Magiſtrat, qui penſe d'ailleurs comme moi ſur la queſtion en elle-même, a cru, en s'arrêtant au terme *uſufruit*, que je voulois réduire les conjoints à un ſimple uſufruit, encore que la Loi du domicile matrimonial leur donnât la propriété, ou portion de la propriété.

Mais après ces termes, *aura l'uſufruit*, qui ſe liſent au milieu de la page 161, en ajoutant ceux-ci que le ſens de la déciſion exige naturellement, *ou la propriété*, ſelon que la Loi du domicile matrimonial *donnera l'un ou l'autre*, on trouvera que j'ai raiſonné par ſuite de principes.

Il eſt des peuples qui, à l'occaſion du mariage, ont eu des idées aſſez ſingulieres : le mari doit être le chef & le maître, ſa femme doit être dans ſa dépendance & ſous ſon obéiſſance; ils en ont conclu qu'elle tomboit en quelque maniere dans le domaine abſolu du mari, & que tout ce qui lui appartenoit en meubles ou immeubles, enſemble tout ce qui lui étoit advenu & acquis pendant le mariage, y tomboit par ſuite & par

conſéquence : c'eſt ce que dit expreſſément Groénevegen, *de Legib. abrogatis, tit.* 8, *lib.* 2°. *Inſtit. marito pro jure poteſtatis quam maximam habet in uxorem, licet res ejus alienare & obligare, etiam invitâ & reluctante uxore, quia bonum eſt mulierem quæ ſe ipſam marito committit, res etiam ejuſdem pati arbitrio gubernari.* Quelques Coutumes ont voulu que cela ne pût avoir lieu que lorſqu'il n'y avoit pas de paction ou proviſion au contraire, & d'ailleurs que ce domaine & cette autorité ne pouvoient ſubſiſter qu'autant que le mari vivoit & ſurvivoit; mais s'il meurt ſans enfants, la femme pour lors qui devient libre & indépendante, quant à ſa perſonne, devient en outre, par droit de ſurvie, maîtreſſe des biens à ſon tour; & après avoir géré & adminiſtré ſous les ordres & ſous la puiſſance de ſon mari, elle devient elle-même propriétaire en chef des biens dont elle n'avoit que la geſtion ſubordonnée, & ce, par droit de mainplevie, *ceſſant ès convenances ou diſpoſition, même pendant le mariage.* Telles ſont les loix des Liégeois, *chap.* 1, *art.* 1, *& art.* 13, *chap.* 11, de la Coutume de cette Province.

On prétend que ce droit de mainplevie vient du droit de puiſſance & d'autorité que le mari a ſur ſa femme, à l'exemple de ce qui ſe pratiquoit chez les Romains. *Cùm mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt, dotis nomine*, Méan, en ſes Obſervations, *part.* 1, *ch.* 55. Mais cette raiſon ne nous apprend point pourquoi, lorſque le mari vient à mourir ſans enfants, la femme à ſon tour retient le tout, même les biens de ſon mari.

Il faut donc ajouter, que dans l'ancien droit Romain les conjoints qui ſe marioient *per coemptionem*, devenoient dès ce moment héritiers ſiens, *ſui hæredes*, l'un de l'autre. Le mari, outre le droit de puiſſance qu'il acquéroit ſur la perſonne & ſur les biens de ſa femme, en devenoit l'héritier; & réciproquement la femme devenoit *ſuus hæres viro*, *Cujas*, *lib.* 7. *Si Tabul. Teſtam. lib.* 29, *Quæſt. Papin. pag.* 801, *& Sigonius*, *de Antiq. jure civium Roman. lib.* 1, *cap.* 9, *Dion. Halicarn. Antiq. Roman. lib.* 2, *cap.* 26. En ſorte qu'il ſemble que cet ancien droit Romain ait paſſé dans la Coutume de Liege. Le mari devient propriétaire des biens de ſa femme, & la femme, ſi elle ſurvit ſans enfants, devient propriétaire des biens de ſon mari; ils ſont en quelque maniere *ſui hæredes* l'un de l'autre. Tel eſt l'effet de la mainplevie & de la foi

qu'ils ſe jurent en ſe ſerrant la main, *manus plicata*. Et voici, ſelon moi, quelles ont pu être les vues du Légiſlateur : ces deux mains ſerrées enſemble étoient le ſymbole du concours du mari & de la femme, dans l'adminiſtration de la ſociété qu'ils contractoient. Mais comme la main du mari eſt toujours la plus forte & la plus capable d'agir, & celle qui ſerre & embraſſe plus étroitement, auſſi l'autorité & la puiſſance ſur toute cette ſociété lui étoit attribuée ; & delà le droit du mari ſur la femme & ſur ſes biens : mais quand cette main puiſſante & maîtreſſe venoit à manquer, l'autre qui concouroit, ſoutenoit ſeule, & pour lors ſerroit & embraſſoit le tout ; & delà le droit de la femme ſurvivante ſur les biens mêmes de ſon mari, quand il n'y avoit point d'enfants. Et je pencherois pour cette derniere raiſon plutôt que pour l'autorité maritale, puiſque le droit de mainplevie eſt pour la femme comme pour le mari, ſous les modifications portées par la Coutume.

Or quelle loi ſuivra-t-on, ſi le domicile matrimonial des conjoints eſt à Liege, & que les biens ſoient ſitués à Utrecht ou ailleurs, ou que les conjoints aient leur domicile matrimonial à Utrecht, & que leurs biens ſoient ſitués à Liege ?

On voit par cette queſtion particuliere de quelle importance eſt la déciſion de la queſtion générale ; quelle eſt la loi qu'il faut ſuivre en fait de gains de ſurvie, quand les différentes loix de la ſituation donnent différents gains de ſurvie en nature d'immeubles.

Hertius, *de colliſione legum*, *n.* 44, en agite la queſtion, entre la Coutume de Liege, qu'il ſuppoſe être celle de la ſituation des biens, & celle d'Utrecht, qu'il ſuppoſe être celle du domicile matrimonial, & qui n'accorde pas les mêmes droits ; & il ſe détermine par le moyen tiré de la convention préſumée. *Apud Leodienſes obtinet jus quod vocant*, le droit de mainplevie. *Cujus vi maritus per matrimonium acquirit dominium cujuſcumque generis bonorum omnium uxoris. Jam quæritur an maritus Trajectenſis jure connubii lucretur bona defunctæ uxoris in provincia Leodienſi ſita, rectè hoc negavit. Carol. de Mean, Obſ. & reb. Jud. ad jus Leod.* 55, *n.* 14 *& ſeq. & Obſ.* 356. La raiſon qu'il en apporte eſt que *licèt hoc jus ſit in rem ſcriptum, tamen pactum contrarium non excludit.* Or la Coutume de Liege permet effectivement de faire paction,

ou provision au contraire ; mais dans l'espece de Hertius, il n'en peut appercevoir d'autre que la soumission à la loi où le mariage a été célébré. Je ne sais si je pénetre bien les raisons de Hertius, qui me paroissent un peu enveloppées, & je crois que voici son systême.

Le droit que le mari survivant a sur les biens de sa femme, dans le pays Liégeois, est une suite de cette puissance absolue que la loi lui donne sur sa femme ; mais l'on peut par paction & convenance prévenir ce droit. Or une femme d'Utrecht, qui n'est pas sous cette puissance absolue de la Coutume de Liege, est présumée contracter suivant les loix de sa nation, & vouloir que ses biens aillent après elle à ceux à qui les loix les donnent, & ce à l'*instar* de celui qui meurt *ab intestat*, & qui ne faisant pas de testament formel, est néanmoins présumé en faire un tacite, & vouloir que sa succession soit partagée *ab intestat*. Voici comme s'est exprimé Hertius, après ce que nous venons de citer. *Jam verò successio est testamentum tacitum ex conjectura voluntatis, & cùm uxor Trajecti non implicatur manu, seu potestate absolutâ mariti, ecquis credat secundùm illud, & non secundùm jus patriæ successionem voluisse definiri.*

Ainsi s'il est vrai, comme le pense Hertius, que dans la Coutume de Liege, où les conjoints ne sont pas domiciliés, & où ils ne contractent pas, on puisse y admettre la convention présumée, relative à la disposition de la Coutume du domicile matrimonial, il n'y auroit pas de difficulté que dans l'espece d'un homme marié dans une Coutume, telle que celle de Liege, où toutes pactions & conventions sont admissibles, il faudroit préférer l'avis de M. Ch. du Molin, & celui de Hertius, à celui de d'Argentré & de Burgundus. Mais c'est là le point de la difficulté ; car si en cette occasion on admet ce systême de convention présumée, toutes les dispositions de la Coutume du domicile matrimonial vont passer en force de convention, & j'ai déja fait voir que ce systême ne pouvoit s'admettre dans une aussi grande Généralité.

La décision de cette question me paroît dépendre de celle de savoir, si la Coutume de Liege & celle d'Utrecht sont personnelles ou réelles.

Or dans les questions de la communauté que nous avons agitées ci-devant, nous avons dit que les statuts qui régloient la

la ſociété d'entre conjoints, régloient leur état perſonnel; & cela ſe fait ſentir dans la Coutume de Liege plus que dans toute autre.

En effet, quant au mari, cette Coutume ne lui accorde pas ſimplement un gain particulier ſur la dot de la femme, mais elle regle l'état général & univerſel de la femme, en la faiſant tellement tomber dans la dépendance du mari, qu'elle eſt comme abſorbée, elle & ſes biens; ſa perſonne & ſes biens paſſent dans le plein & univerſel pouvoir du mari.

Quant à la femme, on peut dire que cette Coutume la met dans une ſociété générale avec ſon mari, dont ce dernier eſt à la vérité le maître abſolu pendant le mariage; mais ſi l'un des deux meurt, ou il y a enfants, ou il n'y en a pas.

S'il y a enfants, le ſurvivant, ſoit pere ou mere, eſt réduit à un uſufruit des immeubles, outre la propriété des meubles, crédits & actions perſonnelles, ſuivant l'*art.* 15 *du ch.* 11.

Que s'il n'y a pas d'enfants, en ce cas ou c'eſt le mari qui ſurvit, & il continue le domaine & la propriété qu'il a ſuivant l'*art.* 1 *du ch.* 1, ou c'eſt la femme, & elle emporte réciproquement tout, fors les fiefs, à l'occaſion deſquels la Coutume a des diſpoſitions particulieres, *ch.* 13, *art.* 5, *6 & 7.*

Il faudra dire que les conjoints de la Coutume d'Utrecht ayant, par convention préſumée, voulu que leur état fût de n'être en ſociété que par rapport aux biens qu'ils acquerroient pendant leur mariage, ils portent cet état de convention dans la Coutume de Liege, & que le ſurvivant n'aura pas tous les biens du prédécédé, mais ſeulement ceux acquis pendant le mariage, & n'en profitera que dans les termes de la Coutume d'Utrecht, à raiſon de leur convention préſumée, relative à la Coutume d'Utrecht.

Mais delà il ne s'enſuivra pas que les conjoints mariés dans la Coutume de Liege, & qui, de convention préſumée, ſont en ſociété univerſelle de biens, auront tous les biens ſitués à Utrecht, ſi la Coutume d'Utrecht eſt prohibitive d'une diſpoſition auſſi ample & auſſi univerſelle; en ſorte que les conjoints ne portant dans la Coutume de Liege leur état que par rapport aux biens de libre diſpoſition, les biens prohibés ſe trouvent être régis par des diſpoſitions réelles.

Droits de survie appartenants aux Conjoints à raison du Douaire.

J'ai traité les questions qui tombent sous ce titre. *Observ.* 37.

Droits appartenants aux conjoints en toute autre qualité que celle de conjoints, quoique accessoires à celle de conjoints.

J'ai observé ci-devant que ces droits sont ordinairement ceux qui sont accordés aux peres & meres, & ils consistent, ou en droits de Garde Noble ou Bourgeoise, ou en droits de puissance paternelle & en droits accordés aux peres & meres en leur seule qualité de peres, ou en droits accordés à titre successif.

Quant aux droits de Garde Noble ou Bourgeoise, ils vont avoir leur Dissertation, *Observat.* 39.

Quant à ceux de puissance paternelle, j'en ai traité, *Observat.* 32; en sorte que je me renfermerai ici à traiter de ceux accordés à titre héréditaire, & de ceux accordés à la seule qualité de pere.

Droits de survie accordés à titre héréditaire.

Par rapport aux droits accordés à titre héréditaire, je distinguerai, comme ci-devant, entre ceux qui sont à prendre en meubles, & ceux qui sont à prendre en immeubles.

Quant à ceux qui sont à prendre en meubles, je ne fais pas de difficulté que c'est le domicile actuel qu'il faut suivre, parce que la Loi du domicile, incontestablement, a droit de régler la succession mobiliaire d'une personne qui décede domiciliée dans l'étendue de cette Loi; & c'est pour ce cas que j'adopte ce que dit Pallu sur l'*art.* 247 de la Coutume de Tours: *Hoc pendet ab ancipiti, & dubio fatorum eventu;* en ce que les conjoints sont toujours les maîtres de se choisir un domicile, & que, par rapport à ces gains, ils n'ont aucun droit commencé.

C'est par ce principe que M. Lebrun, en son Traité de la communauté, *L.* 3. *ch.* 2, *sect.* 1, *distinct.* 4, 11, 23, ayant cru que le préciput légal de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, étoit

déféré à titre de droit héréditaire, a décidé que ce préciput ſe régloit par le domicile à Paris, au moment du décès de celui des conjoints qui prédécede.

Mais ce que nous venons de dire ſouffre une exception, à ſavoir le cas de la fraude, qui eſt toujours à excepter, principalement entre conjoints; & ce ſeroit fraude, ſi lors du tranſport du domicile, l'un des deux conjoints étoit affecté d'une maladie dont indubitablement il dût bientôt décéder; mais il en ſeroit autrement ſi, avec un changement effectif de domicile, il y avoit des raiſons de convenance, comme d'aller vivre dans l'air natal, d'aller rejoindre ſes parents, pour, dans un état de maladie habituelle, trouver avec eux les douceurs du ſecours, de l'amitié, de la ſociété, &c.

Généralement parlant, quand un homme infirme & valétudinaire change de domicile, & que ce changement n'influe que ſur ſes héritiers, en ce que ce changement donne à l'un & ôte à l'autre, j'aurois de la peine à préſumer de la fraude, parce que cet homme, tout infirme & valétudinaire qu'il eſt, n'a pas perdu la liberté de vendre, d'aliéner & de changer la nature de ſes biens, & par conſéquent celle de changer, par une tranſlation de domicile, l'ordre de ſa ſucceſſion : j'en excepte le cas où il ſeroit ſi proche de la mort, & dans un état ſi déſeſpéré, que l'on ne pourroit pas raiſonnablement lui préſuppoſer une vraie intention de changer de domicile, & tout cela, comme l'on voit, dépend des circonſtances.

Hors le cas de la fraude, les conjoints, par un changement de domicile, peuvent donc profiter des droits mobiliers ſucceſſifs que les Coutumes du domicile actuel peuvent accorder au ſurvivant d'eux.

La Coutume locale de Montpenſier en Auvergne, ſembleroit, en ne s'attachant qu'aux termes, être du nombre de celles qui déferent la moitié des meubles au ſurvivant des conjoints à titre héréditaire : *gagne & eſt héritier*, *gagne* & *hérite*, dit cette Coutume en pluſieurs articles, & *eſt ſaiſi* & *vêtu*, & *peut intenter* le *poſſeſſoire*, ainſi que les enfants & héritiers; d'où il faudroit conclure que des conjoints venant demeurer à Montpenſier depuis leur mariage, & l'un d'eux y décédant, le ſurvivant devroit avoir en propriété la moitié des meubles du prédécédé.

Cependant nous avons fait mention ci-devant de l'Arrêt du 23 Mai 1572, qui a jugé que ce gain n'étoit pas héréditaire, puiſqu'il a été réglé par la Loi du domicile matrimonial.

Que ſi ces gains de ſurvie déférés à titre ſucceſſif, étoient à prendre en immeubles, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, dans cet autre cas, c'eſt la Loi de la ſituation qu'il faut ſuivre, parce qu'il n'y a rien de plus réel que les Loix qui reglent les ſucceſſions.

C'eſt ainſi que ſi les conquêts ſont ſitués en la Coutume de Paris, les pere ou mere, aïeul ou aïeule ſuccédants à leurs enfants, jouiront par uſufruit, leur vie durant, de la moitié des conquêts advenus auxdits enfants par le trépas de celui des conjoints qui a prédécédé, au cas qu'il n'y ait aucun deſcendant de l'acquéreur, ſuivant l'*art.* 230 : jouiſſance qu'ils n'auroient pas, quoique mariés & domiciliés à Paris, ſi les conquêts étoient ſitués dans une Coutume qui ne la donneroit pas ; mais auſſi qu'ils auroient à Paris, quoique mariés ailleurs, pourvu qu'ils euſſent été acquis en Communauté.

Voici une eſpece ſur laquelle a été donnée une déciſion aſſez remarquable en fait de gains nuptiaux.

Titius domicilié en France dans une Coutume de communauté, ſe marie avec Sempronia, domiciliée à Namur, & il en adopte les Loix.

Par leur contrat de mariage, les pere & mere de Sempronia ſtipulent qu'elle partagera, après leur décès, également avec les autres enfants.

Sempronia prédécede ſon mari, ayant ſes pere & mere qui décedent enſuite (le mari toujours ſurvivant) & ces deux ſucceſſions ſont compoſées de fonds ſitués à Namur.

On demande comment ſe réglera la ſucceſſion des pere & mere de Sempronia ?

L'objet de cette queſtion eſt de ſavoir ſi les pere & mere de Sempronia étant décédés depuis elle, Titius toujours ſurvivant, doit, dans la Coutume de Namur, jouir de ces ſucceſſions échues depuis le décès de ſa femme, comme il en auroit joui ſi elle eût ſurvécu ſes pere & mere.

L'on agite cette queſtion, non pas comme une queſtion mixte, mais pour faire connoître une déciſion dans cette Coutume.

Dans notre Droit François, la convention que la future partagera également la ſucceſſion de ſes pere & mere, après leur décès, avec leurs autres enfants, ne donne à la future qu'une ſimple eſpérance, & pour en profiter, il faut qu'elle ſurvive; mais juſques-là elle n'a aucun droit de propriété, & l'on ne peut pas dire qu'elle apporte des fonds réels & effectifs : elle n'apporte qu'une ſimple eſpérance.

Quand donc la future prédécede ſes pere & mere, ſon eſpérance à la ſucceſſion eſt perdue & éteinte, les morts ne ſuccedent pas; & c'eſt ici un droit de ſucceſſion qui eſt réſervé par la clauſe, qui ne peut opérer que par la ſurvie.

C'eſt pourquoi, dans le cas de prédécès de la future, ſes enfants, quand elle en laiſſe, ne viennent pas à la ſucceſſion de leurs aïeux, comme héritiers de leur mere; mais ils y viennent, *jure ſuo*, par repréſentation où elle a lieu, & où la repréſentation n'a pas lieu, ils y viennent par concomitance & comme appellés par la clauſe, en cas de prédécès de leur mere. Lebrun, des ſucceſſions, *Livre* 3, *ch.* 2, *n.* 33, de l'édition de 1692.

La Coutume de Namur, en l'*art.* 75, porte, » que quand deux » conjoints apporteront biens réels en mariage, & l'un deſ- » dits conjoints termine vie par mort, délaiſſant enfants pro- » créés d'eux, la propriété des biens ſuccédera & ſe dévo- » luera (par & incontinent ledit trépas) auxdits enfants, » ſauf au ſurvivant ſon uſufruit en iceux. «

Cet article a fait naître la queſtion de ſavoir, ſi le mari ſurvivant ſa femme, & les pere & mere de ſa femme, devoit comme ſurvivant, avoir l'uſufruit des ſucceſſions des pere & mere, au préjudice de ſes enfants.

Il ſembleroit que cet article ne devroit s'entendre que des biens réellement apportés en mariage, ou ſi l'on veut encore, de ceux qui peuvent échoir pendant le mariage, & dont le mari & la femme ont joui pendant icelui, & nullement de ceux apportés ſeulement en ſimple eſpérance. Cependant dans le Conſeil de Namur on a jugé que cet article devoit s'entendre des biens dont le conjoint n'avoit qu'une ſimple eſpérance, ſuivant la conſultation que voici.

» Les ſouſſignés Avocats au Conſeil Provincial de Sa Majeſté » l'Impératrice & Reine, ordonné à Namur, après avoir » murement délibéré enſemble ſur toutes les circonſtances du

» cas y proposé, sont d'avis, que non-seulement, lorsqu'il a » été stipulé par pere & mere en faveur de leur fille, par » traité de mariage, qu'icelle viendra après leur mort au par- » tage de leurs biens également avec ses autres freres & sœurs, » au dessus de sa dot ; mais aussi dans le cas que la succession » de leursdits pere & mere tomberoit intestat, nonobstant » qu'en l'un & l'autre des cas elle auroit prémourue ses pere » mere en laissant des enfants, son mari survivant a droit de » jouir, par usufruit en viager, des revenus des biens échus » aux enfants de sa femme, par la mort & trépas de leur » pere & mere grands maternels, comme il en jouiroit suivant » les articles 75 & 76 de la Coutume de cette Province. Sadite » femme avoit atteint la succession de ses pere & mere, & » cela relativement au prescrit de l'article 50 de cette même » Coutume, & à la Jurisprudence établie audit Conseil, con- » firmée par Sentences prononcées en Jugement contradictoire, » signamment par celle portée le 8 Novembre 1729, sur procès » commencé par Requête appointée du 24 Mai de la même » année, entre Nicolas-Corneille-François Mahy, Avocat audit » Conseil, suppliant & demandeur, d'une part ; & la Dame » Isabelle Chenu, sa belle-mere, veuve de Nicolas Philbert, » Conseiller au prédit Conseil, rescribente & défendereſſe, » d'autre part. Par laquelle Requête ledit demandeur con- » cluoit à répétition des revenus des biens de ses pere & mere » grands maternels, depuis la mort du survivant d'eux, à la » charge de ladite rescribente & défendereſſe, malgré que la » mere dudit demandeur, premiere épouse du Conseiller Mahy, » auroit prémourue ses pere & mere. Car il conste dudit » procès, & des aveux y faits respectivement par les parties, » dont lesdits Avocats soussignés ont pris pleine & entiere » lecture : Que François d'Otreppe s'est allié par mariage avec » Marie-Jacqueline Wols, le 30 Janvier 1667. Que de leur » mariage ils procréerent, entre autres, une fille nommée » Hélene-Elisabeth d'Otreppe. Qu'icelle épousa, le 6 Février » 1695, ledit Nicolas Philbert Mahy. Que ceux-ci pro- » créerent ledit Nicolas-Corneille-François Mahy. Que ladite » Hélene-Elisabeth d'Otreppe, sa mere, mourut le 17 Mai 1708. » Que le 10 Février 1711, ledit Nicolas-Philbert Mahy passa » en secondes noces avec la Dame Elisabeth Chenu. Que » pendant lesdites deux noces de celui-ci, ladite Marie-

» Jacqueline Wols décéda le 21 Juin 1718, & ledit François » d'Otreppe, ſon mari, le 4 Février 1720, & finalement ledit » Nicolas-Philbert Mahy, le 27 Septembre 1727. De ſorte » que malgré que ladite Hélene-Eliſabeth d'Otreppe auroit » prémourue ſes pere & mere, & qu'elle n'auroit aucunement » atteint la ſucceſſion d'iceux, néanmoins ledit Nicolas- » Corneille Mahy a été dans ſes fins & concluſions déclaré » non fondé. Aviſé à Namur, le 29 Janvier 1754. *Signé*, » PAQUIER & CHOBERT. »

Cette Conſultation préſente une déciſion, & ne préſente pas dans un certain détail les motifs de déciſion. On cite les articles 75 & 76; mais ces articles ne peuvent être appliqués à notre queſtion que par des raiſonnements amenés de très-loin.

En effet, ces articles ne parlent que des biens réels que les conjoints apporteront en mariage. Mais appelle-t-on des biens réels, une ſimple eſpérance purement conditionnelle, & dont la condition manque?

Ces articles veulent encore, que quand l'un des conjoints termine vie par mort, délaiſſant enfants procréés d'eux, la propriété des biens ſuccédera & ſe dévolura (par & incontinent ledit trépas avenu) auxdits enfants, ſauf au ſurvivant ſon uſufruit en iceux.

Ces termes, la propriété des biens *ſuccédera* & ſe dévolura, ont leur relation aux biens tant du ſurvivant que du prédécédé. Le terme *ſuccédera*, s'applique aux biens du prédécédé; & ceux-ci *& ſe dévolura*, ſont pour les biens du ſurvivant. On ſait ce que c'eſt que le droit particulier de dévolution dans pluſieurs Coutumes; mais cet article définit-il notre queſtion, qui ne tombe que ſur des biens en eſpérance, & non pas ſur des biens réellement apportés? C'eſt encore un coup ce que l'on ne peut dire que par des conſéquences très-éloignées, & contraires aux principes ordinaires.

Quoi qu'il en ſoit, il paroît par la Conſultation ci-deſſus, que, ſuivant la Juriſprudence de Namur, le ſurvivant des conjoints a droit de jouir de tous les biens du prédécédé, même de ceux de ſes pere & aïeux, quand ceux-ci, après avoir ſurvécu leur enfant, viennent eux-mêmes à décéder du vivant du ſurvivant.

Droits de ſurvie accordés à la qualité de pere veuf.

Il en eſt de même des droits qui ſont accordés aux peres en qualité de peres gardant la viduité, encore que non héritiers de leurs enfants. S'ils ſont mobiliers, c'eſt la Loi du domicile exiſtant au jour que ces droits ſont acquis, qu'il faut ſuivre; & s'ils ſont immeubles, c'eſt la Loi de la ſituation.

C'eſt pourquoi le mari marié à Paris, & qui y eſt domicilié au jour du décès de ſa femme, aura ſur les biens ſis en Poitou, les droits que lui donnent les articles 310, 317 & 318 de cette Coutume; l'Arrêt de Bence, de 1695, ayant jugé que ces droits étoient dûs à la qualité de pere, encore que par la Loi de ſon domicile il n'eût pas ſes enfants en ſa puiſſance. Voyez l'*Obſerv.* 32.

Il aura pareillement en Normandie, ſuivant le même Arrêt, tant qu'il ſe tiendra en viduité, les droits accordés par l'*art.* 382, au mari ſurvivant ſa femme, ayant eu enfants nés vifs d'elle; il les aura pareillement en pays de Droit écrit, & en toute autre Coutume de puiſſance paternelle.

M. Froland, *pag.* 453 de ſes Mémoires ſur les Statuts, en rapporte pluſieurs déciſions par arbitrages, dans la Maiſon d'Orléans, & dans la famille de M. le Préſident de Maiſons.

Le motif en eſt, que ces droits ſont accordés au mari ſurvivant, à titre de pere gardant la viduité; & ces droits étant entiérement réels, il faut néceſſairement ſuivre la Loi de la ſituation.

L'on ne doit pas ici confondre l'*art.* 331 de la Coutume de Normandie, avec l'*art.* 382.

L'*art.* 331 n'a pour objet que de continuer au mari, à raiſon de ſa ſurvivance, la jouiſſance de la part & portion que la Coutume accorde à la femme dans les conquêts qu'il a faits pendant ſon mariage, ſoit qu'il ait eu, ſoit qu'il n'ait pas eu enfant né vif d'elle, ſoit qu'il ſe remarie, ſoit qu'il ne ſe remarie pas.

Ainſi ce droit appartient au mari ſurvivant comme une dépendance de la commune collaboration qu'il contracte avec ſa femme; & ce droit, ſuivant les regles ordinaires, me paroît devoir être régi par la Loi matrimoniale, qui conventionnellement régit les conquêts & ſe borne aux conquêts.

Mais

Mais à l'égard de l'*art.* 382, il me paroît ne conſidérer dans le mari ſurvivant, qui garde la viduité, que la ſeule paternité & ne donner la jouiſſance au mari ſurvivant que des biens particuliers de la femme, & non des conquêts. Et comme j'ai eu occaſion de traiter expreſſément cette queſtion de la Coutume de Normandie, je crois la devoir mettre ici ſous les yeux de mon Lecteur.

DISSERTATION

Sur cette Queſtion : comment ſe reglent les droits des domiciliés dans la Coutume de Paris, mariés dans cette Coutume, avec ſtipulation de communauté, conçue en ces termes :

» Seront leſdits futurs époux communs en tous biens-meu-
» bles & conquêts immeubles, ſuivant la Coutume de Paris,
» au déſir de laquelle leur communauté ſera régie & gou-
» vernée, quoiqu'ils fiſſent ci-après leur domicile, ou des
» acquiſitions en d'autres Pays ou Coutumes, auxquelles, &
» à toutes Loix, Ordonnances & Uſages contraires eſt ex-
» preſſément dérogé & renoncé. On ſupppoſe que les conjoints
» ont continué leur domicile dans la Coutume de Paris, » mais qu'ils ont acquis une terre dans la Coutume de Normandie, & l'on demande ſi le mari, qui a ſurvécu, doit jouir en uſufruit de cette terre, conformément à la Coutume de Normandie, lieu de la ſituation ; ou ſi pour régler les droits du mari ſurvivant, il faut ſuivre, dans le partage de la communauté, la Coutume de Paris, ſelon laquelle les parties ont été mariées, & à laquelle ils ſe ſont expreſſément ſoumis, pour toutes acquiſitions qu'ils feroient pendant leur mariage, ſans avoir égard aux différentes Coutumes dans leſquelles les biens ſe trouveroient ſitués.

Pour mettre la déciſion de cette queſtion importante dans tout ſon jour, il faut préliminairement expliquer pluſieurs principes généraux, pour deſcendre enſuite aux principes particuliers de la Coutume de Normandie.

Les différentes Nations ont eu différentes idées ſur l'effet de l'union conjugale, tant par rapport aux biens que les futurs conjoints poſſedent au jour de leur mariage, que par rapport à ceux qu'ils peuvent acquérir depuis, & pendant leur union.

Les uns ont cru que cette union ne consistoit que dans celle des cœurs, & par cette raison, ils n'ont admis entre conjoints aucune société de biens.

Les autres ont cru, au contraire, que l'union des cœurs emportoit avec elle une société générale & universelle de biens.

Enfin, les autres ont pris un milieu, & ils n'ont admis une société de biens que du jour que les conjoints se sont mis ensemble, & que de ceux seulement qu'ils acquierent pendant leur union; & ceux-ci se sont partagés en deux classes. Les uns se sont contentés d'accorder aux conjoints survivants une moitié égale dans les biens de la commune collaboration, sans aucune autre prérogative; & les autres ont cru devoir, outre le moitié en propriété des biens de commune collaboration, accorder encore au survivant la jouissance, sa vie durant, de l'autre moitié de ces mêmes biens.

Les Nations qui ont exclu toute société de biens entre conjoints, se sont fondées sur ce que le mari doit être le maître, & qu'il ne peut avoir, ni compagnon, ni associé, *caput mulieris vir:* ils ont regardé la femme comme une factrice, par état & par engagement.

Les autres ont cru que le tien & le mien, si on les admettoit entre conjoints, seroient toujours une source de trouble & de division entre eux; & quant à celles-ci, elles ont cru devoir rendre le mari seul propriétaire des biens de la femme, par la raison que la femme livrant sa personne à son mari, devoit par une conséquence raisonnable, lui livrer aussi son bien & l'en rendre le maître.

Enfin, les dernieres ont cru qu'à la vérité l'union conjugale n'exigeoit pas une société générale; mais que la femme contribuant par son économie, ses soins & sa vigilance à l'acquisition, conservation & augmentation des biens qu'ils acquéroient ensemble, il étoit juste de lui donner part dans la commune collaboration, & de celles-ci, quelques-unes, en accordant la propriété de la moitié au survivant, lui ont encore accordé la jouissance de l'autre moitié, par la raison, que la collaboration étant en quelque maniere comme solidaire entre conjoints, le survivant devoit jouir du tout, pour ne rien diminuer de l'aisance dans la-

quelle les conjoints ont vécu, & ne point lui enlever les fruits de la collaboration ſolidaire, qu'il avoit eue avec ſon conjoint.

Dans nos mœurs, & dans la meilleure partie de nos Coutumes, nous avons eſtimé que le mari & la femme concourant à l'acquiſition des biens qu'ils font enſemble, il étoit naturel qu'ils partageaſſent ces biens en deux moitiés égales, & nous n'avons pas pouſſé au-delà les avantages de la commune collaboration.

Maintenant, eu égard à la diverſité des Coutumes, ſe réglera-t-on par la Loi du domicile des conjoints, ou par la Loi de la ſituation des biens ? & c'eſt ce qui a fait naître cette grande queſtion, de ſavoir, ſi le Statut de la communauté étoit perſonnel ou réel.

Il faut en convenir, tous nos anciens Auteurs ont été frappés de la vérité de ce principe, que la Loi de la ſituation devant naturellement commander aux biens qui ſont ſitués ſous ſa domination, c'étoit à cette Loi qu'il falloit s'en tenir, quant aux acquiſitions des fonds réels, que les conjoints pouvoient faire entre eux pendant la durée de leur mariage ; & à raiſon de ce, ils ſont tous demeurés d'accord, que ce Statut étoit un Statut réel : on en peut voir des preuves dans Rodenburgh, d'Argentré & quantité d'autres Auteurs.

Me. Charles du Molin paroît être le premier qui, craignant que la Loi toute ſeule, comme Loi, ne paſſât pour Statut réel, & enviſageant la juſtice qu'il y avoit que les conjoints euſſent une Loi certaine qui réglât leur convention, & que la Loi la plus naturelle étoit celle du domicile matrimonial, ſous laquelle ils contractoient, a imaginé d'admettre dans des conjoints qui ſe marient, ſans même faire de Contrats, ni ſe ſoumettre expreſſément à la Loi du lieu où ils contractent, une convention tacite d'adopter cette Loi ; enſorte que, ſelon lui, ce Statut devient une Loi, voulue & conſentie par les parties ; ce qui le rendoit perſonnel.

Quoique M. d'Argentré ſe ſoit fort récrié, & même avec aigreur, contre ce ſyſtême de convention préſumée, il faut pourtant avouer que nous l'avons adopté dans nos mœurs ; & je ne ſais ſi, pour échapper à tous les cris de M. d'Argentré contre Me Charles du Molin, il n'eût pas été plus court & plus convenable, ſans recourir à la préſomption d'une con-

vention & d'une soumission, dont il ne paroît aucune trace de regarder les Statuts de la communauté & de la non-communauté, comme des Loix qui affectent les conjoints d'un état & d'une condition pure personnelle.

En effet, une Loi qui rend les conjoints associés & unis en biens d'une commune collaboration, & ce pour toute leur vie, est une Loi qui affecte les conjoints, & forme entre eux leur état & leur condition; & c'est l'idée que M. d'Olive, *Livre 3, chap.* 25 de ses Arrêts, nous présente en ses Notes, où il dit, *que la Coutume de la communauté, qui regarde la personne des mariés, les faisant & constituant associés, est personnelle.* C'est donc, suivant cet Auteur, à raison de la société, mais d'une société perpétuelle & inaltérable entre conjoints, que cette Loi est personnelle. Mæstertius, *de statutis*, demande, quelle est la nature de la Loi de Hollande, *quâ omnia conjugum bona, non solùm quoad usum, sed etiam proprietatem, communia fiunt?* & il répond: *est personale.* La raison qu'il en rend est, que *statuto individua conjunctio quæ quasi societatis species est, causam dedit.*

M. Lebrun, en son Traité des successions, titre des Réserves Coutumieres, *n.* 53, de l'édition de 1692, a nettement décidé notre question: l'*Art.* dit-il, *qui établit une communauté entre personnes mariées & domiciliées sous la Coutume, regle leur état entier, sans considérer ce qui sera la matiere de cette communauté.*

Dans ce systême, je n'ai besoin, ni de convention expresse, ni de la convention présumée; je tiens de la Loi mon état & ma condition, de commun ou de non commun, comme un autre tient d'elle son état de majeur ou de mineur.

Mais raisonnons en conséquence des principes établis par Me. Charles du Molin, & adoptés dans nos mœurs.

La communauté d'entre conjoints, est un Statut personnel; ce Statut, par sa nature, se porte par-tout, ainsi que tous les Statuts personnels, c'est l'effet de la convention tacite.

Quant à cette convention tacite, on y ajoute une convention expresse, avec dérogation à toute autre Coutume: peut-il y avoir difficulté à dire que cette convention lie les conjoints, & doit être par-tout exécutée?

Il faut ici bien remarquer que nous ne parlons que d'une convention renfermée dans des biens à acquérir: il ne s'agit pas de statuer sur des biens actuellement existants ès mains

des conjoints, mais ſur des biens qui ne leur appartiennent pas encore, & ſur leſquels ils n'ont encore aucun droit de propriété, & dont la ſituation dépend de leur pur-fait pour l'avenir.

Or, par rapport à ces biens, que fait la convention, ſoit tacite, ſoit expreſſe? Elle prohibe & défend aux conjoints de rien faire au préjudice de cette convention; de ſorte que toutes les acquiſitions qu'ils peuvent faire par la ſuite, puiſſent être partagées ſuivant & conformément à la Loi à laquelle ils ſe ſont ſoumis tacitement ou expreſſément: ce ſeroit faire une fraude à la convention, s'il en étoit autrement; & les Loix ne pourroient ſe refuſer à s'élever contre cette fraude, & à ordonner l'exécution de la convention.

Tous nos Auteurs, ceux mêmes qui ont donné le plus dans la réalité du Statut de la communauté, conviennent que, quand les acquiſitions ſont faites dans des Coutumes contraires à la Loi du domicile matrimonial, il faut accorder une indemnité proportionnée au tort que ſouffre le conjoint de l'inexécution de la convention.

Mais pourquoi recourir à une idemnité? n'eſt-il pas plus juſte que toutes les Loix ſe récrient contre une fraude auſſi manifeſte, & cedent de leurs droits pour l'entiere exécution d'une convention faite de bonne foi, & conforme à la Loi qui commandoit & régiſſoit le conjoints?

Auſſi Rodenburgh ne donne pas ſeulement, dans ce cas, une action en indemnité; mais il donne une action *pro ſocio*, à ce que les effets acquis ſoient déclarés communs.

C'eſt pourquoi, dans nos mœurs, toutes les fois que la queſtion s'eſt préſentée entre des conjoints mariés en Coutumes de communauté de biens à acquérir, on n'a jamais fait de difficulté à régler ces acquiſitions par la Loi du domicile matrimonial.

Gouſſet, ſur la Coutume de Chaumont, *art. 67*, après avoir remarqué que ſi des conjoints, domiciliés dans cette Coutume, ſont en communauté de biens, *in vim hujus conſuetudinis*, & acquierent des biens hors de la Coutume, dit que tels acquêts, faits hors icelle, ſeront néanmoins communs entre eux; & il cite un Arrêt du Parlement, rendu en la troiſieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Boileau, au mois de Février 1549. Il obſerve qu'il n'en ſeroit pas de

même si deux conjoints par mariage, en pays de droit écrit & y demeurant, acquéroient en pays coutumier; que tels acquêts ne seroient communs, mais appartiendroient à celui duquel seroient procédés les deniers; & il cite pareillement un Arrêt du Parlement, au rapport de M. de l'Hôpital, lors Conseiller en ladite Cour, & depuis Chancelier de France.

En 1718, la question s'en étant présentée entre Jacques de Gourlade, Officier de Panneterie chez le Roi, & Demoiselle Marie de la Quespierre sa femme appellante d'un appointement prononcé en la deuxieme Chambre des Requêtes du Palais; & Demoiselle Denis Legris, veuve de Me. François Auger, Elu en l'Election de Gisors, tutrice de son fils mineur, Intimé, elle fut jugée en faveur du domicile matrimonial. Voici quelle en étoit l'espece.

En 1655, contrat de mariage entre François Auger & Charlotte Houller, tous deux nés dans la Coutume de Senlis, & y domiciliés au jour de leur mariage.

Dans leur contrat, nulle stipulation de communauté; ils continuerent leur domicile sous la Coutume de Senlis, jusqu'en 1675.

En 1675 jusqu'en 1683, ils étoient allés demeurer à Gisors, Coutume de Normandie; depuis ils étoient revenus dans la Coutume de Senlis: étoit-ce pour y établir un domicile, ou pour affaire & par forme de séjour? C'est sur quoi les Parties n'étoient pas d'accord.

En 1692, le mari acquit la Charge d'Elu à Gisors.

Le 5 Octobre, la femme décéda à Gisors & y fut inhumée.

Après la mort de la femme, ses héritiers collateraux ont demandé partage de la communauté, conformément à la Coutume de Senlis, soit que les biens y fussent situés, soit qu'ils fussent situés ailleurs & même en Normandie. On opposoit que le contrat de mariage n'en contenoit aucune stipulation; on répondoit par la Coutume de Senlis, qui admet communauté entre conjoints, & dans l'étendue de laquelle les conjoints étoient domiciliés au jour de leur mariage; communauté qui, quoique légale, étoit présomptivement conventionnelle, & s'étendoit sur tous les meubles & acquêts, en quelques Coutumes qu'ils fussent situés. Arrêt du 8 Avril 1718, sur les conclusions de M. Delamoignon, lors Avocat-Général, & à présent Chancelier de France, qui met l'appel-

lation & ce au néant ; émendant, évoquant le principal, ordonne que partage ſera fait des effets de la communauté, conformément à la Coutume de Senlis. On s'attacha à la Loi du domicile matrimonial, & M. l'Avocat-Général obſerva, qu'il étoit indifférent qu'il y eût contrat ſans ſtipulation de communauté, ou qu'il n'y eût point de contrat, que la queſtion devoit ſe décider par les mêmes principes, plaidant MM. Gautier pour le ſieur Gourlade, & Froland pour la veuve Legris. J'étois préſent à la Plaidoierie.

M. Froland, *pag.* 334 de ſes Mémoires, cite cet Arrêt ; mais il ne croit pas qu'il doive faire une déciſion générale, & je ne ſais pourquoi.

Cet Auteur agitant les choſes, *in utramque partem*, combat aſſez volontiers, par des raiſons vagues, peu aſſorties, & de pure imagination, ce qu'il dit pour l'une & pour l'autre opinion, & rarement nous dit-il le parti pour lequel il penſe qu'on doit ſe décider ; enſorte que, nonobſtant ſon incertitude dans ſa critique, je n'héſiterai pas de regarder l'Arrêt comme ayant décidé la queſtion *in terminis*.

Voilà donc un principe adopté dans nos mœurs & par la Juriſprudence des Arrêts ; & c'eſt ſur ces principes que conſulté en Juillet 1759, ſur une queſtion dont les faits étoient ſemblables, à la ſeule différence, que les conjoints, domiciliés & mariés à Paris avec ſoumiſſion à cette Coutume, avoient fait des acquiſitions dans la Coutume du Maine : (cette derniere Coutume, *art.* 299, accorde, à titre de communauté & de ſociété conjugale, aux conjoints ſurvivants, l'uſufruit de tous les conquêts faits pendant le mariage) j'eſtimai qu'il falloit ſe régler par la Coutume de Paris, & que le ſurvivant ne devoit avoir, en propriété & jouiſſance, que la moitié des conquêts.

Voyons préſentement ſi ces principes peuvent avoir leur application à l'eſpece propoſée dans la préſente Diſſertation.

Les conjoints étoient, au jour de leur mariage, domiciliés à Paris : ils y ont été mariés, &, de convention expreſſe, ils ſe ſont ſoumis à la Coutume de Paris, avec dérogation à toute Coutume, en quelqu'endroit qu'ils puſſent faire des acquiſitions. Au lieu de faire ces acquiſitions dans des Coutumes qui fraterniſent, ils ont acquis une terre conſidérable dans la

Coutume de Normandie, qui n'admet point de communauté entre conjoints, & qui néanmoins donne à la femme quelque part dans les acquisitions que les conjoints font pendant leur mariage, suivant qu'ils sont situés en certains endroits, plutôt que dans d'autres. Cette diversité de Coutume doit-elle changer l'état des conjoints? Et de communs qu'ils sont, par la Coutume de leur domicile & de leur mariage, doivent-ils dès-lors devenir non-communs en Normandie, ou du moins ne prendre les conquêts que conformément à la Coutume de Normandie? La Loi de Normandie, Loi de la situation des biens, doit-elle l'emporter sur la Coutume du domicile & sur la convention expresse des conjoints? Non, sans doute. Les conjoints sont communs entre eux, & de la sorte de communauté prescrite par la Loi du domicile matrimonial; & ils sont tels dans quelques Coutumes qu'ils puissent acquérir, soit à cause de la personnalité du Statut, soit à cause de la convention expresse, soit même par la crainte de la fraude & par une raison de Justice; & ces derniers motifs sont absolument décisifs, sur-tout dans les Coutumes comme Paris, où les conjoints ne peuvent directement, ni indirectement s'avantager autrement que par un don mutuel.

On nous dira, peut-être qu'à la vérité l'état des conjoints en Normandie est de n'être point communs, & que le statut personnel de la Coutume de Paris, domicile des parties, se trouvant en concurrence avec le statut personnel de la Coutume de Normandie, celui de Paris doit dans ce cas l'emporter sur celui de Normandie: mais qu'il est un autre principe, qui est que le statut personnel se trouvant en concurrence avec le statut réel, celui-ci doit l'emporter sur le statut personnel. Que la Coutume de Normandie n'admettant point une communauté, elle n'accorde au mari survivant des droits sur les conquêts, que par une disposition pure réelle; que c'est un présent particulier qu'elle lui fait sur ces sortes d'acquisitions, selon les endroits où elles sont situées, & que par conséquent ces avantages sur ces conquêts sont des avantages purement réels.

A quoi l'on répond, que la Coutume de Normandie n'est point en droit de disposer des conquêts, en tant que conquêts faits par des personnes mariées & domiciliées à Paris, & qui

ſont ſoumiſes à cette Coutume, ſoit tacitement, ſoit expreſſément, parce que comme conquêts, & comme biens de commune collaboration à partager comme tels, ils ne peuvent reconnoître d'autres Coutumes, que celle de la Coutume matrimoniale, quand ils n'y ont pas dérogé, encore moins quand ils s'y ſont ſoumis expreſſément comme dans notre eſpece.

Nous diſons conquêts à partager à titre de conquêts, & comme biens de commune collaboration ; car ſi après le partage de ces conquêts, la Coutume de la ſituation donnoit au ſurvivant des conjoints la jouiſſance de ces mêmes conquêts à quelques autres titres, comme de garde-noble ou bourgeoiſe, de puiſſance paternelle ou même à titre de gardant la viduité, pour lors le ſurvivant pourroit faire valoir ſur les conquêts même, les droits que ces nouveaux titres lui accorderoient. Mais c'eſt ce qui mériteroit une Diſſertation particuliere, dont nous n'avons pas beſoin quant à préſent, comme on va le voir inceſſamment.

Il eſt ordinaire ſur la queſtion qui fait l'objet de la préſente Diſſertation, d'oppoſer que ce n'eſt point à titre de communauté, que la Coutume de Normandie accorde au mari la jouiſſance, tant des conquêts, que des autres biens de ſa femme ; c'eſt à titre de pere ayant eu enfant né vif, & à titre d'homme veuf & gardant la viduité, & c'eſt ce qui nous reſte à éclaircir.

Examinons donc quelles peuvent être les diſpoſitions de la Coutume de Normandie.

Nous avons dans cette Coutume deux articles qui donnent des droits au mari ſurvivant, tant ſur les acquiſitions faites par le mari pendant ſon mariage, que ſur les biens dont la femme ſe trouve jouiſſante lors de ſon décès ; ſavoir, l'*art.* 331 & l'*art.* 382 ; & il ne faut pas confondre ces deux articles.

L'article 331 porte ces termes : » Le mari doit jouir par » uſufruit, ſa vie durant, de la part que ſa femme a eue en » propriété aux conquêts par lui faits conſtant leur mariage, » encore qu'il ſe remarie. »

Cet article, qui accorde au mari ſurvivant des droits de ſurvie ſur les conquêts par lui faits conſtant le mariage, ne les lui accorde, ni à titre de pere, ni à titre de veuf gardant

la viduité ; c'eſt à titre de conquêts, & de biens de commune collaboration. Et dès lors, s'agiſſant des conquêts, en tant que ſimples conquêts, ce n'eſt plus la Coutume de Normandie qu'il faut enviſager ; parce que, ſuivant les principes qui viennent d'être établis, c'eſt à la Coutume du domicile matrimonial qu'il faut totalement ſe référer, en ce qui regarde les conquêts à partager comme conquêts.

Qu'on ne diſe pas que dans la Coutume de Normandie les conjoints, ſuivant l'*art.* 389, ne ſont pas communs en biens, ſoit meubles, ou conquêts immeubles ; qu'au contraire les femmes n'y ont rien, qu'après la mort du mari.

Il eſt toujours certain que dans cette Coutume, il y a des conquêts. Il eſt vrai que ces droits de conquêts ſont très-variés dans cette Coutume : il y a des endroits qui ne reconnoiſſent aucuns conquêts, & où la femme ne prend rien dans les acquiſitions faites par le mari.

Il y en a d'autres où elle doit prendre moitié dans les biens acquis en bourgage. Il y en a où elle prend moitié dans les biens hors bourgage, tels que dans le pays de Giſors. Il y en a où elle n'a que l'uſufruit de ces biens ; c'eſt la diſpoſition de l'*art.* 329. Mais quelque variés que ſoient ces droits dans les conquêts, il eſt toujours régulier de dire, que dans la Coutume de Normandie, il y a des conquêts, & des biens accordés à cauſe de la commune collaboration. Et d'ailleurs, indépendamment de la dénomination que cette Coutume donne aux acquiſitions faites pendant le mariage, il ſuffit qu'il ſoit vrai & évident qu'elles ſoient faites pendant le mariage, pour être conquêts vis à-vis des conjoints mariés en Coutume de communauté. Or dès que cela eſt, ces biens de commune collaboration, en tant qu'ils ſont tels, ne peuvent être régis & gouvernés que par la Loi qui régit les biens de collaboration, & par conſéquent par la Loi de la primitive communauté & ſociété, ſelon laquelle les futurs conjoints ont contracté. Par-tout où les biens de collaboration ſe trouveront, ils ſeront toujours régis par la Loi du domicile matrimonial.

Nous venons de faire voir que l'*art.* 331 ne frappoit que ſur les biens de commune collaboration, en les enviſageant comme tels, ſans autre qualité, ni condition, que parce qu'ils ſont biens de collaboration.

Mais à l'égard de l'*art.* 382, il ne peut jamais être appliqué à l'eſpece que nous agitons. Cet article n'enviſage plus les biens de collaboration ; ce n'eſt plus ſur ces biens, & comme étant de collaboration, qu'il accorde des droits de ſurvie au mari ; mais c'eſt ſur tous les biens de la femme, qui ne ſont point de collaboration, & ce, à titre de paternité, & de pere gardant la viduité. Voici les termes de cet article.

» Homme ayant eu enfant né vif de ſa femme, jouit par » uſufruit, tant qu'il ſe tient en viduité, de tout le revenu » appartenant à ſadite femme, lors de ſon décès ; encore » que l'enfant ſoit mort avant la diſſolution du mariage ; & » s'il ſe remarie, il n'en jouira que du tiers.

Cet article ne frappe pas ſur les biens de collaboration ; il ne frappe que ſur les biens dont le revenu appartient à la femme, lors de ſon décès.

Or l'on ne peut pas dire, que le revenu des biens de collaboration appartienne à la femme, lors de ſon décès, quand elle prédécede ſon mari. L'*art.* 389 le porte préciſément : il n'accorde à la femme de part dans les conquêts, qu'après le décès de ſon mari. En voici les termes.

» Les conjoints par mariage, ne ſont communs en biens, » ſoit meubles ou conquêts immeubles ; ains les femmes n'y » ont rien, qu'après la mort du mari.

Ainſi quand elle prédécede, elle n'y a point encore de part ; le revenu ne lui en appartient pas encore ; & l'*art.* 382 ne donne au mari ſurvivant, la jouiſſance que des biens dont le revenu appartenoit à ſa femme lors de ſon décès ; & la preuve de ce raiſonnement, la voici tirée des autres termes de cet *art.* 382. Cet article n'accorde au ſurvivant la jouiſſance, que ſous deux conditions, qu'il y ait eu enfant né vif, & qu'il garde la viduité ; & s'il a eu enfant né vif, & qu'il ne garde pas la viduité, il réduit pour lors la jouiſſance du tout à un tiers. Or ſi l'on étendoit cette jouiſſance ſur les biens de commune collaboration, il y auroit une contradiction manifeſte entre cet *art.* & l'*art.* 331.

En effet, l'*art.* 331, qui parle nommément des conquêts, & des biens de commune collaboration, en accorde la jouiſſance au mari ſurvivant, ſoit qu'il ait eu enfant né vif, ſoit qu'il n'en ait point eu, ſoit qu'il ſe remarie, ſoit qu'il ne ſe remarie pas ; & ce n'eſt plus dès lors à titre de pere gardant

la viduité, mais à titre de ſimple ſurvie. Et l'*art.* 382 reſtreint la jouiſſance du mari, au cas du remariage, à un tiers ; & dès lors cet article ne peut plus être entendu des biens dont l'*art.* 331 lui donne une jouiſſance complete, indéfinie, ſans condition, ni reſtriction.

Il faut donc bien diſtinguer dans la Coutume de Normandie l'*art.* 331, d'avec l'*art.* 382 ; c'eſt-à-dire, les biens particuliers, dont la femme a le revenu au jour de ſon décès, d'avec ceux qui ſont de commune collaboration. La jouiſſance de ceux appartenants à la femme lors de ſon décès, & qui ſont régis par l'*art.* 382, eſt accordée au mari, à titre de paternité & de viduité ; mais les biens de commune collaboration ſont régis par l'*art.* 331, & la jouiſſance en eſt accordée au mari, comme conquêts & biens de commune collaboration, & ſans aucune autre condition que la ſurvie ; & c'eſt ce qui fait connoître que ces biens de commune collaboration ne doivent pas être confondus avec les autres biens particuliers de la femme.

Dans l'eſpece du Mémoire, il n'eſt point dit que le mari ait eu un enfant né vif de ſa femme ; & l'*art.* 382 requiert deux choſes, la paternité & la viduité : ainſi il n'y auroit pas lieu d'accorder à ce mari aucun droit ſur les biens de commune collaboration, quand on voudroit étendre la diſpoſition de cet article. Mais quand on ſuppoſeroit un enfant né vif, il n'y auroit pas encore lieu d'accorder au mari ſurvivant, aucune jouiſſance ſur les biens de commune collaboration ; puiſque l'*art.* 382 ne lui donne aucun droit ſur ces ſortes de biens ; & il n'y auroit pas encore lieu de lui accorder cette jouiſſance, en vertu de l'*art.* 331, parce que cet article n'accorde rien qu'à titre de ſurvie, qui eſt un événement ordinaire en fait de ſociété ; événement qui ne ſauroit donner ou ôter au ſurvivant des conjoints, ce que la Coutume du domicile matrimonial lui donne ou lui refuſe.

En effet, une Coutume qui, dans le cas de ſurvivance, donne des avantages & des prérogatives ſur les conquêts, regle & diſpoſe la maniere dont le partage de la communauté doit être fait ; & il n'y a que la Coutume du domicile matrimonial qui puiſſe ainſi régler ce partage.

La raiſon en eſt ſimple : la Coutume du domicile matrimonial décide de la nature & eſpece de ſociété que contractent

les conjoints entre eux ; & arrivant la diſſolution de cette communauté, le partage qui en eſt fait dépend abſolument de ce qu'en a ordonné la Coutume, qui a établi & formé cette ſociété ; c'eſt une diſtraction de contrat, qui doit ſuivre les regles du contrat.

On cite communément, au contraire de la préſente Diſſertation, l'Arrêt de Bence, rendu en 1695. Mais quand on aura bien réfléchi ſur l'eſprit de la Coutume de Normandie, & ſur la différence qu'il y a entre les articles 331 & 382, on ſera perſuadé qu'il n'eſt pas poſſible d'embraſſer la déciſion que l'on adapte audit Arrêt. Auſſi il ne faut que ſe tranſporter au Greffe, pour être convaincu qu'il n'eſt pas tel que nos Auteurs l'ont rapporté.

Il paroît un nouveau Commentaire de la Coutume de Touraine, par M. Jacquet, Avocat au Parlement, où cette queſtion eſt propoſée, *tom.* 2, *pag.* 355 ; & l'Auteur l'a réſout par l'autorité de l'Arrêt du 6 Juin 1760, rendu en la Grand-Chambre, ſur les concluſions de M. de Saint-Fargeau. Voici comme il s'explique. *Dans l'eſpece, les Marquis & Marquiſe de Saſſenage, légataires de M. le Duc de Talard, demandoient l'uſufruit de la moitié échue, dans le Comté de Médavy, ſitué dans la Coutume de Normandie, acquis par les Duc & Ducheſſe de Talard, pendant leur mariage, aux héritiers de celle-ci, dans le partage de communauté, pendant le temps qu'a ſurvécu celui-là, en vertu de la diſpoſition de l'*art. 382 *de la Coutume de Normandie ; &, quoique les légataires univerſels & héritiers de la Ducheſſe de Talard aient ſoutenu que la Coutume de Normandie étoit étrangere & ſans application à l'objet contentieux, en ce que les Duc & Ducheſſe de Talard étoient domiciliés à Paris, & avoient renoncé & dérogé à toutes autres Coutumes, Ordonnances & Uſages contraires, la Cour a adjugé l'uſufruit de la moitié, échue dans ce Comté, aux héritiers de la Ducheſſe, aux Marquis & Marquiſe de Saſſenage, légataires du Duc, pendant la vie de celui-ci.*

Cet Arrêt eſt directement contraire à la Diſſertation précédente ; mais l'on ne ſera pas fâché d'apprendre quelques anecdotes au ſujet de cet Arrêt.

La ſurveille que cet Arrêt fut rendu, M. Briquet, chargé de la cauſe pour les légataires & héritiers de la Dame de Talard, vint me demander ce que je penſois ſur ſa cauſe,

& je lui traçai en peu de mots le plan de ce que je pensois; mais il n'en put faire aucun usage, l'affaire ayant été jugée le sur-lendemain.

Je pris par écrit la clause du contrat de mariage de M. & de Madame de Talard, & j'ai travaillé la Dissertation telle que je la donne aujourd'hui.

Comme je suis incommodé, & que je sors peu, j'en remis une copie ès mains de mon frere, Substitut de M. le Procureur-Général, pour la communiquer à M. de Saint-Fargeau; ce qu'il a fait effectivement; & quelque temps après il me dit que ce Magistrat avoit fort approuvé mes principes, mais que je n'étois pas entiérement dans les faits; ce qui me fait présumer, que l'Arrêt en question a jugé la cause plutôt par les faits particuliers, que par le point du Droit. Effectivement, je n'ai travaillé la Dissertation uniquement que par rapport à la clause du contrat de mariage, n'étant pas instruit des faits particuliers; & je suis persuadé que si la question se présentoit dans le seul point de Droit, l'Arrêt seroit tout différent de celui qui a été rendu.

On pouvoit, dans cette affaire, citer en faveur des légataires & héritiers de M. de Talard, l'Arrêt de Bence de 1695. Mais M. de Saint-Fargeau (à ce qui m'a été rapporté) ayant été au Greffe, n'a pas trouvé que cet Arrêt eût été rédigé dans les termes dans lesquels il est rapporté dans nos Livres.

C'est encore à titre de paternité, que l'*article* 76 de la Coutume de Limoges me paroît accorder des gains de survie aux conjoints; & je raisonnerois sur cette Coutume comme sur toutes les Coutumes de paternité. Voici les termes de cet article 76. » Est la Coutume audit Château, que si la » femme, qui a enfanté fils ou fille de son mari, vient à » décéder, le mari gaigne le dot à jamais, si ledit dot consiste » en meubles; que s'il consiste en immeubles, il le gaigne » seulement à vie, & par forme d'usufruit, pourvu que le fils » ou fille, vive heure de jour & heure de nuit. « Ainsi dans cette Coutume il ne suffit pas que l'enfant ait *crié & brayt*, pour employer les expressions des établissements de S. Louis, *liv.* 1, *ch.* 11; il faut qu'il ait vécu heure de jour & heure de nuit; c'est-à-dire, selon moi, environ vingt-quatre heures entieres, qui composent ce que l'on appelle communément le jour & la nuit.

Mais il n'eſt pas toujours facile de déterminer à quel titre la Coutume défere les différents gains qu'elle préſente aux conjoints ; ſi c'eſt à raiſon de la dot, ſi c'eſt à titre héréditaire, ou comme gain de la communauté. C'eſt une des difficultés que j'ai fait remarquer, dès l'entrée de la préſente Obſervation, & cela me paroît dépendre de la maniere dont les Coutumes ſe ſont expliquées, & de l'eſprit qui regne dans chacune de ces Coutumes : mais cela excede les bornes de nos queſtions mixtes.

Il eſt quelquefois des droits accordés par pur privilege, & pour lors ces ſortes de droits peuvent avoir leurs regles particulieres. Par exemple, par une des Conſtitutions de la Principauté de Catalogne, commençant par ces mots : *Hâc noſtrâ Conſtitutione*, il eſt porté, que le mari venant à mourir, la femme ſurvivante eſt regardée comme étant en poſſeſſion de tous les biens de ſon mari, & comme ayant droit pendant ſon année de deuil, de percevoir ſur ces biens tout ce qui lui eſt néceſſaire pour la vie. L'année révolue du deuil, elle fait les fruits ſiens, juſqu'à ce que ſa dot lui ait été reſtituée, & qu'elle ait été payée de ſon gain de ſurvie. En voici les termes.

Hâc noſtrâ Conſtitutione in perpetuum valiturâ ſancimus quod uxor, mortuo viro ſuo, confeſtim poſt mortem illius ſic viſa omnia bona mariti ſui poſſidere, & intrà annum luctûs, illorum bonorum in omnibus rebus ad vitam ſuam neceſſariis provideatur, poſt annum verò luctûs, fructus illorum bonorum faciat ſuos, donec & quouſque ipſi in dote, & ſponſalitio ſuis ſit integriter ſatisfactum, &c.

Colerus, de proceſſ. executivis, Parte 1, *cap.* 2, *n.* 219, cite pluſieurs endroits où la même choſe eſt obſervée ; & la raiſon qu'il donne de ces diſpoſitions, eſt que *cum vivente marito quaſi communem uſum, & poſſeſſionem omnium bonorum ejus habuit, ſaltem jure familiaritatis ; mortuo viro gaudet jure retentionis, donec ipſi reſtituatur dos, aut lucrum dotale.*

Ferrerius, Auteur Eſpagnol, qui a commenté la Conſtitution *Hâc noſtrâ*, eſtime, 1. *Decl. ad primum tempus, pag.* 225, *n.* 1, que le bénéfice de cette Conſtitution a lieu ſeulement, *inter cives incolas, & commorantes in hoc Principatu, & in bonis eorumdem in territorio Conſtitutionum, & in hoc Principatu exiſtentibus ; nullatenùs verò extendenda ad bona extrà Princi-*

patum & territorium existentia, & ad personas degentes in aliis Provinciis, etiamsi illorum bona in Principatu reperiantur.

Il fonde ces décisions sur ce que les Statuts, *sivè dirigantur in personam, sivè dirigantur in rem, nunquàm trahi possunt extrà bona territorii statuentium, & habent locum inter subditos tantùm.*

Il ajoute, que les Statuts qui sont dirigés vers la personne ne peuvent concerner que les Citoyens; *nulla enim Statuta, nullæ leges possunt ligare nisi subditos, nullatenùs forenses, neque active, neque passive, licet uti possint aliquandò statutorum beneficiis, quoad bona in territorio statuentium constituta.*

Il est sensible que cet Auteur n'envisage ce qui est porté en cette Constitution, que comme un pur privilege accordé seulement aux veuves de Catalogne, & sur les biens qui y sont situés; bénéfice dont les étrangers ne peuvent pas communément profiter.

Car d'ailleurs on ne sauroit se persuader que ce Commentateur ait estimé, & donné pour principe général, que tous les Statuts, *quæ diriguntur sivè in rem, sivè in personam, non possunt trahi extrà bona territorii statuentium, & habent locum inter subditos tantùm.*

A la bonne heure que les Statuts *quæ diriguntur in personam*, n'affectent que les domiciliés, & ne puissent fixer l'état & la condition que des seuls domiciliés, *habeant locum inter subditos tantùm.* Cela est dans la regle.

Mais que tout Statut, *etiam illud quod dirigitur in personam, non possit trahi extrà bona territorii statuentium*, le principe n'est vrai qu'autant que dans le lieu de la situation des biens, il y auroit un Statut contraire qui seroit réel, & non pas si le Statut contraire étoit personnel, & disposoit des biens par la suite de l'état & de la condition de la personne.

De donner encore pour principe général, que, *Statuta quæ diriguntur in rem, habent locum inter subditos tantùm*, ce seroit renverser toutes les maximes, qui veulent que les dispositions réelles profitent à tous ceux qui sont propriétaires des fonds étrangers, comme domiciliés; & la maxime contraire ne peut avoir lieu, que lorsqu'il s'agit de droits purement privilégiés, & restreints aux seuls domiciliés. C'est ce que dit Ferrerius lui-même: *Licet forenses uti possint aliquandò*

Statutorum

Statutorum beneficiis quoad bona in territorio ſtatuentium conſtituta.

Mævius, *ad Jus Lubecenſe, Quæſt. prelim. quæſt.* 1, *n.* 31 *& ſuiv.* agite la queſtion de ſavoir quand l'étranger peut jouir du bénéfice admis dans un lieu : il rapporte les autorités pour & contre ; & il dit, que l'avis le meilleur eſt celui de ceux qui eſtiment que le bénéfice d'un Statut, *generaliter vel indefinitè loquentis*, profite, *etiam extraneo in actibus voluntariæ Juriſdictionis*, ſi ce n'eſt que le bénéfice ſoit reſtreint aux ſeuls domiciliés, *niſi ſpecialiter proviſum ſit contrarium ;* & il ajoute, *& quidem ſine dubio veriorem deprehendimus in iis, ubi ſi quid adverſi Statutum contineret, forenſes obligarentur. Ratio naturalis enim jubet ex adverſo eos quoque tunc favore Statutorum relevari. Si enim circà ordinem judiciarium, circà poſſeſſiones, circà contractus, alioſque actus humanos quædam diſpoſita ſunt, quis dubitabit iis frui forenſem qui in loco Statuti litigat, poſſidet, contrahit, diſponit? Minimè verò iſta ſententia extendi debet ad ea quæ, vel ſpecialiter de civibus Lubecenſibus, aut de civibus earum civitatum quæ jure Lubecenſi utuntur, diſponunt, vel ſi quædam conſtituta ſunt in favorem civium, propterea quod onera civitatis à quibus immunes ſunt forenſes, ſuſtinent.*

Mais il y a des privileges attachés à la choſe, & il y en a qui ſont attachés aux perſonnes.

C'eſt ainſi, quant aux privileges attachés aux choſes, que par l'*art.* 161 de la Coutume de Paris, il eſt loiſible à tout propriétaire de maiſon de faire procéder, par voie de gagerie en ladite maiſon, pour les termes à lui dûs : c'eſt la ſituation de la maiſon, en ladite Coutume, qui donne ce privilege. Et quant aux privileges purs perſonnels, nous en trouvons encore des exemples dans la même Coutume, ès *art.* 112 & 173, qui ne s'appliquent point à autres qu'à ceux déſignés en ces articles.

C'eſt encore ainſi, que, par la Coutume du Hainaut, le Ceſſionnaire étant obligé, avant que de pourſuivre le Débiteur, de repréſenter au cédant l'acte de ceſſion, pour ſavoir de lui s'il veut reprendre dans la quinzaine l'action cédée : il a été jugé que ce bénéfice ne pouvoit être communiqué à un habitant de Valenciennes, encore que le Ceſſionnaire ſe pourvût pour ſon paiement, ſur des biens ſitués en Hainaut;

parce que ce bénéfice de représentation, comme on l'appelle, est personnel & particulier pour ceux qui vivent sous la Coutume du Hainaut. *Pollet, part. 2, de ses Arrêts, ch. 72. V. la note sur l'art. 3, du ch. 112, des Chartes du pays & Comté de Hainaut.*

OBSERVATION XXXIX.

Sur la Garde-Noble & Bourgeoise.

C'Est en examinant les questions que la variété & la contradiction de nos Coutumes peuvent faire naître sur la garde-noble & bourgeoise, que j'ai été plus particuliérement convaincu de la grande difficulté d'allier nos Coutumes ensemble, & de trouver, dans la science des Statuts, des regles & des principes qui puissent avoir des applications générales & uniformes.

Pour traiter les questions qui peuvent tomber sur la garde, avec quelque ordre, il faut examiner plusieurs choses.

1°. Ce que c'est que la garde en elle-même. 2°. Quelle est la Coutume qu'il faut suivre pour décider de ceux qui sont appellés pour être gardiens. 3°. Quelles sont les formalités requises pour l'accepter. 4°. De quels biens le gardien doit jouir. 5°. Quelles sont les charges dont est tenu le gardien.

PREMIERE QUESTION.

Ce que c'est que la Garde en elle-même.

Nos Auteurs ayant remarqué que le gardien avoit l'administration des biens des mineurs, ainsi que le tuteur, ils ont cru que la garde étoit une espece de tutele, encore que cette administration soit bien différente; car le tuteur a une administration comptable envers les mineurs, & le gardien a une administration qui tourne à son utilité particuliere, sous les charges, néanmoins, qui lui sont imposées par les différentes Coutumes.

C'est ce qui a fait dire à Me Ch. du Molin, sur l'*art.* 4 de

la Coutume de Blois, que la garde étoit *quaſi tutela*, & il enviſage les gardiens *tamquàm protutores*. Il ajoute, *iſta tutela conſuetudinaria inſtar legitimarum eſt.*

Chopin, ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 7, *n.* 5, l'appelle *tutela fructuaria.*

Pluſieurs de nos Auteurs prétendent que la garde tire ſon origine des fiefs, en ce que les mineurs, propriétaires de ces fiefs, n'en pouvant acquitter les charges perſonnelles, qui étoient des ſervices militaires, ils étoient obligés de les faire acquitter par d'autres. La mere, quand c'étoit elle qui ſurvivoit, fourniſſoit un homme, & ſouvent le plus proche parent acquittoit ces ſervices, & à raiſon de ce, il ſe mettoit en poſſeſſion du fief, &, par forme d'indemnité, il en percevoit les revenus.

D'autres, comme M. le Préſident Bouhier, ſur la Coutume de Bourgogne, diſtinguent, dans l'état préſent des choſes, trois ſortes de gardes. Celle qui eſt déférée aux peres & aux aïeux paternels, & elle dérive de la puiſſance paternelle. 2°. Celle déférée à tous autres parents, même à la mere, & elle participe de la tutelle : & enfin, il y en a une troiſieme, dont l'une eſt Royale & l'autre Seigneuriale, & il les regarde comme des droits ſeigneuriaux.

Il n'eſt pas poſſible de ſe refuſer à ces obſervations. Ce Magiſtrat les fait ſentir & les établit d'une maniere convainquante; mais quelqu'origine qu'aient nos gardes, il me paroît que c'eſt par les effets qu'elles ont aujourd'hui parmi nous, & par les droits qu'elles donnent, qu'il faut juger de leur nature & de ce qu'elles ſont en elles-mêmes.

Nos deux principales gardes ſont la noble & la bourgeoiſe.

Pour commencer par la garde bourgeoiſe, quoique plus récente, pluſieurs de nos Coutumes ne l'admettent pas. Mante, *art.* 178; Clermont, *art.* 176; Anjou, *art.* 88.

De celles qui l'admettent, quelques-unes ne la déferent qu'aux peres & meres. Paris, *art.* 266, & quelques autres, la déferent encore aux aïeux & aïeules, ou autres aſcendants. Etampes, *art.* 89; Dourdan, *art.* 125; Montfort, *art.* 116; Rheims, *art.* 33.

Entre celles qui la déferent aux peres & meres, il y en a qui exigent limitativement qu'ils ſoient domiciliés & bourgeois de la ville, Paris, *art.* 266; & d'autres qui n'exigent que la

qualité de pere & de mere, indépendamment de tout domicile, & c'est le droit commun de nos Coutumes.

Quant à la garde-noble, j'en connois de trois sortes; garde-noble que j'appellerai de parenté, garde-noble royale, & garde-noble seigneuriale. Ces deux dernieres se sont conservées dans la Coutume de Normandie, & ne sont pas d'usage ailleurs; elles ont été converties en d'autres droits seigneuriaux : c'est ainsi qu'en Bretagne, où elles avoient lieu, on les a remplacées par des droits de rachat, par un traité de 1225. V. Hevin, sur les Arrêts de Frain, *pag.* 550.

Pour la garde-noble de parenté, elle passe dans plusieurs Coutumes, à défaut de peres ou meres qui l'acceptent, aux aïeux ou aïeules, ou, à leur défaut, même aux collateraux.

Dans d'autres, elle ne sort pas de la directe.

Et enfin dans d'autres, elle n'appartient qu'aux peres & meres. Meaux, *art.* 47; Senlis, 152; Valois, 72; Laon, 261.

Dans certaines Coutumes, la garde appartient de droit & sans aucune demande, aux peres & meres. Orléans, *art.* 23. Dans d'autres, il faut la demander. Paris, *art.* 269.

Il y a des Coutumes où, soit que ce soit le pere ou la mere, aïeul ou aïeule qui soit gardien, il perd la garde en se remariant, Paris, *art.* 268; & il y en a d'autres où, en se remariant, il ne la perd pas. Melun, *art.* 186; Châteauneuf, *art.* 136.

Dans certaines Coutumes le gardien est encore, en sa qualité de gardien, tuteur de ceux qu'il a en garde; & dans d'autres, le gardien n'est en outre tuteur, qu'autant qu'il a été nommé & choisi pour cela.

Dans les Coutumes où le gardien est tout à la fois, & gardien & tuteur, la garde & la tutele s'entr'aident & se communiquent leurs prérogatives réciproques. Le tuteur, simple tuteur, a droit & autorité sur la personne; mais il est comptable des fruits & revenus sans être tenu d'aucunes dettes. Le gardien, au contraire, simple gardien, n'a pas droit sur la personne, mais sur les biens : il en jouit, il fait les fruits siens; mais aussi il est chargé d'acquitter certaines dettes.

Quand le gardien est tout à la fois gardien & tuteur, pour lors il a droit sur la personne & sur les biens, & il est non comptable des fruits & revenus, mais il est tenu des dettes; ainsi la tutele gardienne forme un mêlange de droits & de charges.

Selon Me Ch. du Molin, les droits de la tutele directs & principaux, ſont ſur la perſonne. Le tuteur *habet curam perſonæ*, & par conſéquence ſeulement il gere les biens : au contraire, les droits de la garde directs & immédiats, ſont plutôt ſur les biens que ſur la perſonne. *Magis eſt jus in res, vel in bona quàm poteſtas in perſonam.*

Selon le même Auteur, la tutele eſt un droit commun, général, univerſel & néceſſaire, *habet concurſum juris communis.* La garde eſt un droit municipal, particulier & reſtreint, *eſt jus exorbitans.*

Dans les Coutumes où l'un & l'autre ſont joints enſemble, on ne laiſſe pas que de les diſtinguer : la tutelle, comme droit commun, s'étend par-tout. *Benè extenditur non vi juriſdictionum, ſed vi pacti privati, & juris communis paſſivè ſe extendentis.* Mol. *art.* 99, *antiq. conſ. Paris.* La garde, comme droit municipal, eſt renfermée dans ſon lieu. *Non extenditur ultrà bona ſita in loco ſuo, nec poteſt locum ſtatuentis excedere, etiamſi talis cuſtos, vel adminiſtrator habeat curam perſonæ.*

Mais, ſelon M. le P. Bouhier, tout ce que dit Me Ch. du Molin de l'exorbitance de la garde, ne peut être appliqué qu'à la garde déférée à tous autres qu'au pere & à l'aïeul, parce que celle-ci dérive de la puiſſance paternelle, & en emporte pluſieurs effets.

Il faut convenir que la garde déférée aux aſcendants mâles, eſt plus naturelle que celle déférée aux aſcendants femelles, & que celle-ci eſt encore plus naturelle que celle déférée aux collateraux. Me Ch. du Molin en fait la remarque ſur l'*art.* 46 de la nouvelle Coutume de Paris. *Ejuſmodi cuſtodia, ſeu poteſtas parentum adminiſtrandi cum lucro fructuum ſatis eſt rationabilis, & accedens diſpoſitioni juris ; nec eſt preſumendum parentes aliud conſilium quàm liberis optimum aſſumere ; nullus enim affectus paternum vincit, ſed quod hujuſmodi cuſtodia, ſeu ballia habeat locum in linea collaterali, valde durum eſt, & iniquum, & ut de ſe apparet, crebrior experientia demonſtrat : nihil aliud eſt quàm deprædatio pupillorum & orphanorum quos Lex divina & naturalis, & omnis Lex humana recte poſita jubet ab omni injuria, & jactura protegi & deffendi.*

J'ai obſervé, en la queſtion 20 de mes Diſſertations mixtes, que la puiſſance paternelle a des droits perſonnels & des droits

réels ; en tant qu'elle donne des droits personnels, elle est personnelle & s'étend par-tout, & en tant qu'elle donne des droits réels, je l'ai estimée réelle & restreinte dans la Coutume de la situation ; & voilà précisément ce que Me Ch. du Molin a pensé sur la garde, *lib.* 1, *c. de summ. Trinit. tit. de statut.* où il dit : *tale jus exorbitans* (la garde) *non extenditur ultrà bona sita in loco suo, quia hoc respectu magis est jus in res, vel in bona quàm potestas in personam, etiamsi talis custos, vel administrator habeat curam personæ, quia cura quæ habet concursum juris communis benè extenditur ubique, secus de jure faciendi fructus suos, quia est reale, nec potest locum statuentis excedere.*

Chopin, *loc. cit.* dit pareille chose de la garde, qu'elle est en partie personnelle & en partie réelle ; *in aliquibus gardia est personalis, scilicet quoad actiones personales quas exercet, ac debita mobilia quæ solvit ;* mais elle est réelle, *quoad usumfructum bonorum.*

Je conviendrai volontiers que la garde est personnelle, dans le sens qu'elle est tellement cohérente & attachée à la personne, comme dit M. Julien Brodeau sur l'*art.* 90 de la Coutume d'Anjou, que le gardien ne peut pas céder son droit de garde à un autre, *ne extraneus non curaret, & omnia dissiparet.*

Mais ce n'est pas en ce sens qu'il faut la considérer ici pour décider si elle est personnelle, mais bien si elle a quelqu'autre objet que les biens & les dettes.

Or, dans ce sens, je ne vois pas que la garde puisse être personnelle, si le gardien exerce les actions nécessaires pour le recouvrement des dettes mobiliaires actives, & pour la perception des fruits & revenus échus pendant la garde, qui sont les seules actions qu'il puisse exercer en sa qualité de gardien ; la Loi ne lui donne néanmoins que *jus in res, non potestas in personam.*

Il est pourtant vrai qu'il y a du personnel dans la garde, puisque le gardien est tenu de payer les dettes mobiliaires, & arrérages des dettes immobiliaires, & qu'il en est tenu personnellement ; mais ce personnel ne vient pas de la nature de la garde en elle-même, elle ne donne que *jus in res* ; il vient de ce que les biens *non dicuntur, nisi deducto ære alieno*, & que le gardien, en acceptant la garde, contracte l'obligation de payer les dettes.

C'eſt ainſi que l'hérédité d'un défunt eſt toute réelle en elle-même, elle ne renferme que des biens & des charges ; mais celui qui accepte, contracte, par ſon acceptation, une obligation perſonnelle, ainſi l'hérédité eſt réelle ; mais l'acceptation de l'hérédité eſt perſonnelle, & c'eſt la raiſon pour laquelle la qualité d'héritier ſe porte par-tout, parce qu'il n'y a pas d'héritier, qu'il n'y ait une acceptation d'hérédité, qui eſt toute perſonnelle.

Ainſi la garde eſt réelle par rapport à la Loi qui la défere, & qui ne défere que des droits réels, & elle a du perſonnel, par rapport à l'engagement que contracte le gardien, en acceptant la garde ; mais cet engagement n'eſt que la ſuite de l'acceptation qu'on a faite de la garde.

C'eſt pourquoi le grand Arrêt de Bence a jugé, que la puiſſance paternelle, en tant qu'elle accordoit au pere la jouiſſance des biens de ſes enfants, étoit pure réelle ; & elle a accordé à un pere domicilié à Paris, & dont les enfants n'étoient même, quant à leur perſonne, ni en garde, ni en puiſſance paternelle, la jouiſſance de leurs biens ſitués en pays de puiſſance paternelle.

Mais ſi la puiſſance paternelle eſt réelle, quant aux droits de jouiſſance qu'elle donne ſur les biens, il faut dire, à plus forte raiſon, que la garde déférée par nos Coutumes eſt toute réelle ; car elle n'accorde que des droits ſur les biens. La puiſſance paternelle eſt perſonnelle & réelle, parce qu'elle a un mêlange de droits perſonnels & de droits réels ; & ſi on l'a jugée réelle, en tant qu'elle accordoit des droits réels, la garde conſidérée dans la Loi même, ne peut être que réelle, puiſqu'elle n'admet aucun mêlange, & qu'elle eſt toute renfermée dans des droits réels.

On dira peut-être : le gardien eſt chargé de l'éducation du mineur, & cela eſt tout perſonnel.

Mais premiérement, on ne peut pas raiſonnablement dire que le gardien ſoit chargé de l'éducation du mineur ; il n'eſt chargé que de payer les frais & dépens de l'éducation ; car l'éducation eſt la fonction du tuteur.

Or ces deux choſes ſont bien à diſtinguer ; car, comme dit Burgundus, *Tract.* 1, *n.* 26, en parlant de la tutele : *Nuda adminiſtratio tutoris munus eſt perſonale, quod conditioni bonorum non miſcetur.* Et plus bas, *n.* 28, *inter actus*

personales administratio reponitur ; mais le gardien, *non habet munus personale ,* son administration *conditioni bonorum miscetur.*

On convient qu'il doit personnellement ces frais d'éducation, comme il doit toutes les autres dettes ; mais cette personnalité ne naît que de son engagement : la charge est réelle par elle-même, dont l'acquit devient personnel par l'acceptation.

M. le Président Bouhier ne s'écarte de ce sentiment, que par rapport à la garde déférée au pere, & à l'aïeul paternel, qu'il prétend être toute personnelle dans les droits mêmes pécuniaires qu'elle emporte, comme tirant son principe de la puissance paternelle ; & quant aux gardes déférées à d'autres qu'aux peres & aux aïeuls, & aux droits qui les accompagnent, il les regarde volontiers comme réels ; & c'est par rapport à ces gardes qu'il restreint ce que nous venons de rapporter de du Molin, quoique cet Auteur semble avoir parlé de toutes sortes de gardes en général.

DEUXIEME QUESTION.

Quelle est la Coutume qu'il faut suivre pour décider de ceux qui sont appellés à être Gardiens ?

Nous venons déja d'annoncer les principes qui peuvent servir à la décision de cette Question.

Si la garde, soit noble, soit bourgeoise, étoit une véritable tutele admise pour la défense & le soutien de la personne, & si elle ne donnoit que les droits de la tutele, il ne seroit pas possible de la faire régir par une autre Loi que celle du domicile du mineur ; parce que la Loi seule du domicile ayant autorité sur la personne, c'est elle seule qui peut confier cette autorité à un tiers. Que ce soit sous la dénomination de tutele, ou sous celle de bail, ou de garde, ce n'est qu'un changement de nom qui ne change pas la nature & la substance de la chose.

Mais ce que nous appellons Garde, parmi nous, n'a pas pour objet principal & direct la personne qui est en garde ; c'est l'objet de la tutele ; elle n'a en vue que l'administration & la direction des biens, & les droits qu'elle accorde sont tous

tous droits réels. La garde conſiſte, ou en droits de propriété, ou en droits d'uſufruit ; & il n'y a rien de plus réel que ces ſortes de droits : par conſéquent elle ne peut être régie que par la Loi de la ſituation. C'eſt cette Loi qui donne, ou ne donne pas ; qui appelle certaines perſonnes, ou qui ne les appelle pas. De-là il ſemble qu'il faudroit néceſſairement en conclure, que chaque Coutume qui admet la garde, & où il y a des biens, a ſeule le droit de déférer la garde à qui bon lui ſemble ; & qu'il n'y a que ceux à qui elle la défere qui puiſſent être gardiens, quelque domicile d'ailleurs qu'aient ceux qui tombent en garde, & ceux qui ſont appellés à la garde ; en ſorte que ſi, à défaut des aſcendants, une Coutume déféroit la garde aux collatéraux, ils pourroient ſe porter gardiens dans cette Coutume, & non ailleurs.

Cependant cette même Queſtion partage nos Auteurs.

M. le Préſident Bouhier, qui enviſage la garde déferée au pere, & à l'aïeul paternel, comme tirant ſa ſource de la puiſſance paternelle, & qui, par cette raiſon, la dit toute perſonnelle, décide préciſément que cette garde doit être réglée ſuivant la Loi du domicile du pere, & de l'aïeul paternel.

M. Pocquet de Livoniere, en ſes Regles du Droit François, *ch. de la Garde, art.* 13, prétend pareillement que la queſtion de ſavoir s'il y a lieu à la garde, ou non, ſe regle par la Coutume du domicile du mineur ; & c'eſt l'avis de pluſieurs de nos Auteurs, comme nous venons de l'obſerver : & quant à l'effet de la garde, & du profit des gardiens, il dit que cela ſe détermine par les diſpoſitions des Coutumes où les héritages ſont ſitués.

Mais s'il étoit vrai que la Loi du domicile reglât s'il y a lieu à la garde, ou non, dans les autres Coutumes, il s'enſuivroit que les Loix où les biens ſont ſitués, & qui ont ſur ces biens une juriſdiction naturelle, recevroient néanmoins l'ordre & le commandement d'une Loi étrangere dans une choſe pure réelle ; car ce ne ſeroit pas la Loi de la ſituation qui déféreroit la garde, ce ſeroit celle du domicile ; & la Loi de la ſituation ſeroit tenue de s'y ſoumettre, ſoit qu'elle fût d'accord avec celle du domicile, ſoit qu'elle y fût contraire.

On ne peut pas dire ici que cela arrive tous les jours : quand le réel dépend du perſonnel, par exemple, quand le

réel dépend de l'état & de la condition de la personne ; car c'est bien un état pour un enfant d'être en tutele, mais ce n'en est pas un d'être en garde.

J'avouerai volontiers que la garde déférée aux peres & aux aïeuls paternels est un reste de la puissance paternelle ; mais ce reste ne consiste que dans des droits purs réels qui sont accordés au pere ; *ratione tantùm administrationis*, dit Chasseneuz, *loco infrà cit. & non ratione patriæ potestatis.*

En effet, dans la plupart de nos Coutumes, autre est le tuteur, & autre est le gardien.

Dans ces Coutumes le gardien n'a aucun droit sur la personne qui est en garde, c'est son tuteur.

Dans les Coutumes où la tutele est jointe à la garde, il a fallu y réunir les différents droits, puisqu'on y réunissoit les deux qualités ; mais quoique réunis, les droits de l'un ne sont pas les droits de l'autre : ainsi dans ces Coutumes mêmes on distingue les droits de la tutele d'avec ceux de la garde.

M. le Président Bouhier convient que toute autre garde que celle déférée au pere & à l'aïeul paternel, est réelle ; & dans ce cas il ne révoque point en doute qu'il ne faille suivre la réalité des Coutumes.

Mais si dans la puissance paternelle il faut, comme je crois l'avoir montré ailleurs, distinguer les droits personnels d'avec les droits réels ; & si ces derniers sont régis par la Loi de la situation, il en faut dire de même de la garde dont les droits sont entiérement réels.

Ce n'est donc pas sans fondement que Me Ch. du Molin a distingué lui-même les droits de garde, d'avec ceux de tutele : on ne présumera pas qu'il ait ignoré la source & l'origine de la garde, & cependant il a décidé indéfiniment qu'elle étoit *magis jus in rem quàm potestas in personam.*

Ainsi pour déterminer, quand il y a lieu à la garde, & ceux à qui ces droits réels sont déférés, j'estimerois qu'il faut envisager les différentes Loix de la situation des biens. Si la Loi du domicile des mineurs, ou n'admet pas, ou exclut toute garde en général, & que la Loi de la situation la donne, il y aura lieu à la garde, ou il n'y aura pas lieu, selon la différente situation des biens.

Pareillement si une personne est appellée dans une Coutume,

& rejettée dans une autre, elle ſera gardienne dans l'une, & ne la ſera pas dans l'autre, & tout cela fondé ſur la réalité de la garde.

C'eſt pourquoi la Coutume de Paris déférant la garde bourgeoiſe, non pas ſimplement aux peres & meres, mais avec cette addition, *peres & meres bourgeois de Paris*, & cela par un privilege de Charles V, de 1371, il s'enſuit que tous roturiers, non bourgeois de Paris, demeurants même dans l'étendue de la Coutume, ne pourront être gardiens à Paris.

Mais s'il y a des biens ſitués hors la Coutume de Paris, & que ces Coutumes la donnent indifféremment à tous peres ou meres, en leur ſeule qualité de peres & meres, les peres & meres domiciliés en la Coutume de Paris, quoique non bourgeois de Paris, auront la garde dans ces Coutumes, & ne l'auront pas à Paris.

Au moyen de quoi il eſt aiſé de voir, qu'à l'égard de la Coutume de Paris, la qualité de bourgeois de Paris qu'elle requiert dans les peres & meres, eſt une diſpoſition réelle; qu'il ne ſuffit pas d'avoir la qualité de pere ou de mere, qu'il faut encore être bourgeois de Paris.

Je ne ſais pourquoi tous les peres & meres, domiciliés dans la Coutume de Paris, n'ont pas tous également, du moins aujourd'hui, un droit que dans le commun des Coutumes tous les autres peres & meres tiennent par leur ſeule qualité de peres & meres; mais enfin le privilege accordé aux ſeuls bourgeois de Paris, forme dans cette Coutume une excluſion pour les autres, & telles ſont nos mœurs.

Il eſt donc indifférent, dans les Coutumes qui n'ont pas une pareille diſpoſition, de recourir au domicile des mineurs qui tombent en garde; encore moins au domicile de ceux qui prétendent à la garde. Il faut ſe renfermer dans les Loix de la ſituation des biens, parce que la garde eſt réelle.

Le domicile des mineurs ne peut être conſidéré que par rapport aux meubles, comme Loi de la ſituation, parce que, comme je l'ai dit en quantité d'endroits, les meubles ont une ſorte de ſituation dans le lieu du domicile.

Je ſais qu'en prenant le parti de la réalité, on tombe dans de grands embarras par rapport à bien des queſtions qui s'agitent en cette matiere, & notamment par rapport aux

différentes formalités requiſes pour l'acceptation de la garde comme nous le dirons ci-après.

Au lieu qu'en ſe fixant à la ſeule loi du domicile du mineur, on prévient bien des inconvénients.

Nous examinerons inceſſamment quelques-unes de ces Queſtions particulieres. J'obſerverai ſeulement, quant à préſent, que la crainte des inconvénients oppoſés pourroit être une raiſon pour demander avec empreſſement une Loi uniforme : mais juſque-là il faut obéir aux différentes Loix qui ont droit de commander, & tâcher dans cette multiplicité de Loix d'y mettre la concordance la plus équitable que faire ſe peut, y reſtât-il toujours quelque choſe de diſcordant.

Mais je demande ſi, de même que pour la garde bourgeoiſe, il faut être, dans la Coutume de Paris, domicilié à Paris, il faut de même, pour la garde noble, que le noble, qui veut accepter la garde à Paris, y ſoit pareillement domicilié, ou du moins à ſon égard dans l'étendue de la Coutume.

Sur cette Queſtion nos Auteurs ſont diviſés.

Dupleſſis, par exemple, prétend qu'afin que la garde noble ait lieu à Paris, il faut à la vérité que le pere des mineurs fût demeurant dans la Coutume lors de ſon ouverture, par le décès de lui, ou de la mere ; mais qu'il n'eſt pas néceſſaire que les aïeux appellés y ſoient domiciliés.

Renuſſon, *ch.* 2, *n.* 41, de ſon *Traité de la Garde*, prétend au contraire, que ſi l'aïeul veut la recueillir, il faut qu'il ſoit domicilié à Paris, ou dans l'étendue de cette Coutume, lorſque la garde a été ouverte, & qu'un aïeul domicilié dans le pays de Droit écrit, ne pourroit pas avoir la garde de ſes petits enfants domiciliés à Paris : mais au *n.* 42, il admet une reſtriction, ſi ce n'eſt que l'aïeul demeurât dans une Coutume qui la lui déférât pareillement, parce qu'en ce cas l'aïeul auroit pour lui la Coutume de ſon domicile, & la Coutume de Paris, où la garde a été déférée.

Pour la déciſion de la Queſtion, il faut examiner ſi la Coutume de Paris, exigeant la qualité de bourgeois de Paris pour la garde bourgeoiſe, comme diſpoſition réelle, elle exige à l'égard de la garde noble la demeure, ſoit à Paris, ſoit dans l'étendue de la Coutume, comme une autre diſpoſition réelle.

Ce que M. Renuſſon obſerve, *ch.* 2, *n.* 6, de ſon *Traité de la Garde*, peut conduire à la déciſion.

Il obſerve que l'ancienne Coutume, en l'*art.* 99, étoit conçue en ces termes. » Par la Coutume générale de la » Prévôté & Vicomté de Paris, hors la Ville & Fauxbourgs, » il eſt loiſible aux peres & meres, aïeuls & aïeules nobles, » d'accepter la garde noble de leurs enfants. « Que cet article avoit élevé trois avis différents au ſujet de ces termes, *hors la Ville & Fauxbourgs* : ſuivant le premier, la garde noble étoit ſeulement pour les nobles demeurants hors la Ville & Fauxbourgs de Paris; & s'ils étoient demeurants en la Ville & Fauxbourgs, pour lors ils ne pouvoient accepter que la ſeule garde bourgeoiſe.

Le ſecond avis étoit que les perſonnes nobles, demeurants en la Ville & Fauxbourgs de Paris, pouvoient accepter les deux gardes, la noble & la bourgeoiſe enſemble ; ſavoir, la garde noble pour les biens qui ſont hors la Ville & Fauxbourgs, & la garde bourgeoiſe pour les biens qui ſont ſitués en la Ville & fauxbourgs; que ces deux gardes n'étoient pas incompatibles, & ſe régloient par rapport à la ſituation des biens, quand les perſonnes nobles avoient des biens en la ville & fauxbourgs, & qu'ils en avoient encore hors la ville & fauxbourgs.

Enfin, le troiſieme avis étoit que les perſonnes nobles demeurant en la ville & fauxbourgs, acceptant la garde-noble, avoient droits de garde-noble ſeulement ſur les biens des mineurs, ſitués horsla ville & fauxbourgs, & non pas ſur ceux qui étoient ſitués en la ville & fauxbourgs.

Ces trois différents avis ſe réuniſſoient dans un même point qui eſt, qu'il falloit être domicilié, ſoit en la ville ou fauxbourgs, ſoit dans l'étendue de la Coutume, pour pouvoir être gardien.

Pour faire ceſſer la diverſité des avis ſur le ſurplus, la Coutume de Paris a été réformée, & l'*art.* 267 a été rédigé comme nous le voyons aujourd'hui, enſorte qu'aujourd'hui le gardien noble, demeurant dans, ou hors la ville & fauxbourgs de Paris, mais dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris, a droit de jouir des biens des mineurs ſitués dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris, ſoit qu'ils ſoient ſitués dedans ou dehors la ville & fauxbourgs.

Auſſi Renuſſon, au *nombre* 41, obſerve que ces termes, *dehors la ville*, s'entendent dans l'étendue du pouvoir de la Coutume ; c'eſt-à-dire, dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris.

Nous avons en effet deux articles où ces mêmes termes, *dehors la ville*, ſe rencontrent, & qui doivent avoir le même ſens, ſavoir, l'*art.* 265 & l'*art.* 267.

Par l'*art.* 265, la garde-noble eſt déférée aux peres & meres, aïeuls ou aïeules nobles, demeurants dans la ville de Paris ou dehors : or, ces derniers termes, *ou dehors*, ne peuvent s'entendre que des peres & meres nobles, qui n'étant pas domiciliés dans la ville, ſont néanmoins domiciliés dans l'étendue de la Coutume, ce qui paroît manifeſtement des termes de l'*art.* 367, où les mêmes termes, *hors la ville*, ſont répétés deux fois, & ne peuvent s'entendre que de cette maniere ; & ſi ces termes, *ou dehors*, des articles 265 & 267, devoient s'entendre différemment dans ces deux articles, il faudroit convenir que la Coutume auroit été rédigée avec bien peu d'attention, puiſque les mêmes termes, mis dans deux articles de la même Coutume, & ſi prochains l'un de l'autre dans un même titre, s'interpréteroient différemment.

D'où il me ſemble qu'il faut conclure que la demeure dans Paris, ou dans l'étendue de la Prévôté ou Vicomté de Paris, eſt requiſe en cette Coutume, comme diſpoſition réelle pour la garde-noble, comme la qualité de bourgeois de Paris pour la garde-bourgeoiſe.

On prétend que par l'Arrêt du 20 Mars 1646, rapporté au Journal des Audiences, on a jugé que c'étoit la Loi où la garde étoit ouverte, & non la Loi de la ſituation, qui décidoit de ceux à qui la garde étoit dévolue ; en voici l'eſpece.

Un pere noble domicilié à Paris, mais dont la plus grande partie des biens étoient ſitués en Berry, décede délaiſſant des enfants mineurs. La mere ſurvivante, avoit accepté la tutele ſans réſerve de la garde, ni aucune déclaration de ſa part de vouloir l'accepter ; elle décede trois mois après, les parents paternels firent créer un tuteur aux mineurs, pardevant le Lieutenant-Civil au Châtelet de Paris. Un grand-oncle maternel, au contraire, avoit accepté la garde pardevant le Lieutenant-Général de Bourges, ſur le fondement

que les biens des mineurs étant ſitués en Berry, qui déferé la garde aux collateraux, elle devoit lui appartenir, faute par la mere ſurvivante de l'avoir acceptée ; & il interjetta appel de la création de tuteur. Les parents, de leur part, interjetterent appel de l'acceptation de la garde, faite par le grand-oncle.

Dans cette eſpece, il intervint l'Arrêt ci-deſſus, qui infirma la procédure faite à Bourges par le grand-oncle, le débouta de ſa demande & confirma la tutele ; mais je ne crois pas cet Arrêt bien concluant, ſoit pour montrer que pour les nobles la demeure à Paris, ou dans l'étendue de la Coutume, y ſoit néceſſaire, ſoit même pour montrer que c'eſt le domicile du pere du mineur, qui décide de l'ouverture de la garde, parce que le grand-oncle, indépendamment de tout domicile, étoit mal fondé dans l'une & dans l'autre Coutume.

Il l'étoit dans la Coutume de Paris, parce qu'il n'étoit qu'un grand-oncle, & que la Coutume de Paris ne défere la garde-noble qu'au pere & mere, aïeul ou aïeule.

Il l'étoit pareillement dans la Coutume de Berry, parce que, ſuivant l'article 38 du tit. premier de cette Coutume, celui auquel, par la Coutume, le bail eſt déféré, eſt tenu, dans 30 jours après, de déclarer s'il veut accepter le bail, & leſdits 30 jours paſſés, en demeure privé, & eſt ledit bail déféré aux autres plus prochains parents.

La mere ſurvivante, loin de faire aucune déclaration dans les 30 jours du décès, ni même de réſerve d'en faire aucune, avoit accepté la tutele purement & ſimplement, & le grand-oncle n'avoit pas fait la ſienne dans les 30 jours après ; enſorte que, ſuivant l'une & l'autre Coutume, il étoit mal fondé du chef de la garde ouverte par le décès du pere, il n'étoit pas recevable à la demander du chef de la mere, parce que c'eſt un autre principe, que la garde une fois répudiée ou non acceptée, ne ſe réitere jamais, & c'eſt ce qui a été jugé par deux Arrêts antérieurs à celui de 1646, dont voici les eſpeces.

Alexandre Odeſpnug étant décédé, laiſſant un fils mineur & ſa veuve, celle-ci avoit renoncé à la garde-noble, & avoit été élue tutrice, & l'aïeul paternel avoit été élu ſubrogé tuteur ſans qu'il eût demandé la garde.

La veuve tutrice étant décédée deux ans après, il fallut

procéder à une nouvelle élection de tuteur. Ce fut alors qu'en procédant, l'aïeul paternel demanda la garde : on élut le pere de la tutrice décédée, pour tuteur, & on appointa sur la demande concernant la garde, dont appel par l'aïeul paternel, qui se désista de son appel en ce qui regardoit la tutele ; mais conclut en sa demande à ce que la garde lui fût déférée, & sur cette demande, les Parties furent mises hors de Cour. C'étoit avant l'Ordonnance de 1667.

Ainsi jugé, dit Vrevin, qui rapporte cet Arrêt *tit.* 25, *art.* 135 de la Coutume de Chauny, que la mere, après le décès du pere, ayant renoncé à la garde-noble, ou ne l'ayant point demandée, l'aïeul paternel ne l'ayant point pareillement demandée, il n'est pas recevable après le décès de la mere à ce faire ; c'est-à-dire, que le droit de la garde-noble une fois consommé est fini. Cet Arrêt est encore rapporté par Auzannet, & par Bardet, sous la date du Jeudi dernier Février 1630, & par Vrevin, sous celle du Jeudi dernier Février 1629.

Il y a un pareil Arrêt de 1631, rapporté encore par Bardet, en sorte qu'en 1646 c'étoit une Jurisprudence certaine, qu'un mineur ayant été une fois en garde, ou la garde n'ayant pas été acceptée, tout étoit fini, & c'est sans doute ce qui a donné lieu à l'Arrêt de 1646.

Je persévere donc à soutenir que ceux qui, dans la Coutume de Paris, prétendent à la garde, doivent être domiciliés dans l'étendue de la Coutume, & que cette Coutume est réelle, non seulement dans la délation qu'elle fait de la garde, mais encore dans la qualité particuliere qu'elle exige de ceux à qui elle la défere ; de sorte que pour être gardien à Paris, il faut être bourgeois de Paris entre roturiers, ou demeurant dans l'étendue de la Coutume entre nobles.

Vrevin, sur le même *art.* 135 de la Coutume de Chauny, rapporte une Turbe du 2 Avril 1604, par laquelle des Turbiers attestent » avoir vu des Princesses, Ducs, Duchesses & » Dames de grande qualité venir en Jugement au Châtelet, le » siege tenant, demander & requérir la garde-noble, combien » qu'ils eussent haute, moyenne & basse Justice en leurs terres » & Seigneuries, & qu'ils n'eussent domicile en la Prévôté » de Paris, ne fussent demeurants en icelle, & les biens dé- » pendants de ladite garde, situés hors la Prévôté & Vicomté » de Paris. «

Cette

Cette Turbe prouve que lorſque la garde eſt à demander dans la Coutume de Paris, il faut s'adreſſer au Juge Royal de la Prévôté & Vicomté de Paris, & non pardevant les Juges des Seigneurs. 2°. Que la ſituation des immeubles n'eſt plus à conſidérer, quand il y a néceſſité de la demander dans l'étendue de la Coutume de Paris; ce qui peut arriver dès que le domicile des mineurs eſt dans l'étendue de cette Coutume, ſoit en Prévôté, ſoit en Vicomté.

En troiſieme lieu, cette Turbe prouve qu'il n'eſt pas néceſſaire que les gardiens demeurent dans la Prévôté de Paris pour demander la garde; car cette Turbe met de la différence entre la Prévôté & la Vicomté de Paris, comme les Auteurs y en mettent. Les Princeſſes, Ducs & Ducheſſes n'étoient pas demeurants en la Prévôté, & les biens n'étoient ſitués, ni en la Prévôté, ni en la Vicomté; mais ces Ducs & Ducheſſes pouvoient être domiciliés en la Vicomté, & par conſéquent dans l'étendue de la Coutume; mais, à coup ſûr, les mineurs qui tomboient en garde y étoient domiciliés, ſoit dans la Prévôté, ſoit dans la Vicomté, & s'ils n'y avoient pas d'immeubles, ils y avoient des meubles.

TROISIEME QUESTION.

Faut-il, pour accepter la garde, ſatisfaire à toutes les différentes formalités preſcrites par nos Coutumes?

Nous avons quelques Coutumes qui ne demandent aucunes formalités pour l'acceptation de la garde. Telles ſont les Coutumes de Blois, de Tours, &c. qui la déferent de plein droit. Le gardien fait acte de gardien, cela ſuffit. D'autres qui exigent une ſimple déclaration en Juſtice, dans un certain temps; faute de quoi la garde eſt préſumée répudiée, *Coutume de Lorris, art.* 26; & d'autres qui fixent un temps limité pour la répudier, & audit cas faire créer au mineur un tuteur, comme Orléans, faute de quoi la garde eſt préſumée acceptée pour dommages & intérêts au profit deſdits mineurs, *Lalande, art.* 23. D'autres fixent des délais plus ou moins longs. Orléans ne donne que quinzaine: les Coutumes du grand Perche, & de Lorris, donnent quarante jours. D'autres enfin, ne déferent la garde, qu'autant qu'elle eſt acceptée en Jugement,

sans fixer aucun temps pour la demander, comme Paris.

His positis, quelle Coutume faut-il suivre dans cette variété de dispositions?

Il a été observé ci-devant, que la garde ne donnoit au gardien que des droits réels sur les biens de celui qui est en garde, à la différence de la tutele, qui n'a pour objet que la personne, sa défense & la protection naturellement due à son bas âge.

S'il falloit raisonner de la garde comme de la tutele, on n'hésiteroit point à dire, qu'il suffiroit de satisfaire aux formalités de la Coutume du domicile du mineur, parce que cette Coutume ayant droit & autorité sur la personne, c'est à elle à qui il faut s'adresser à l'effet qu'elle commette spécialement & immédiatement quelqu'un pour veiller en son lieu & place. Le mandat qu'elle donne est dans le vœu du droit commun, & a lieu par-tout.

Mais puisque la garde est un droit particulier, une commission pour veiller sur les biens plutôt que sur la personne, & qu'à cette commission sont attachés des droits réels, il semble nécessaire de dire, que pour profiter de ces droits, il faut avoir commission de chaque Loi qui régit les biens; il faut recevoir ces avantages des mains & de l'autorité du Législateur qui commande aux biens, & qui seul en dispose.

Cette distinction entre la garde & la tutele, n'a pas échappé à Me Charles du Molin, *lib.* 1, *ch. de Statutis*, où il dit, en parlant de la Garde : *Tale jus exorbitans non extenditur ultrà bona sita in loco suo. Quia hoc respectu magis est jus in res, vel in bona quam potestas in personam, etiamsi talis custos, vel administrator habeat curam personæ, quia cura quæ habet concursum juris communis benè extenditur ubique, secùs de jure faciendi fructus suos, quia est reale, nec potest locum statuentis excedere.*

C'est ce qui a déterminé Chopin, sur Paris, *lib.* 2, *tit.* 7, *n.* 5, à se ranger du parti de la Loi de la situation, quant à la jouissance des fonds. *Opinor pupillorum tutelam fructuariam quasi usumfructum, partemque fundi, prædiaria quoque lege metiendam.*

C'est par la raison de la réalité que dans le même endroit il décide, que si la garde est ouverte à Paris, où elle ne s'accepte qu'en Jugement, & qu'il y ait des biens à Blois &

à Tours, où elle eſt déférée de droit, le gardien, en faiſant fonction de gardien, jouira de droit des fruits ſitués en Touraine & à Blois, du jour du décès, quoiqu'il n'ait pas encore accepté la garde à Paris, & qu'il ne l'accepte que long-temps après.

Quæſitum eſt an Lutetianus civis, qui octavo tantùm poſt uxoria fata menſe, naturalem cuſtodiam agnovit in foro ſui domicilii, faciat interim fructus ſuos Turonenſium prædiorum. Et voici ce qu'il décide. *Ignobilis parens qui Lutetiam cùm liberis incolat, ubi nec forenſi ejus formula ſuſceperit urbanam illorum cuſtodiam, nec ſatis eo nomine dederit, fruetur nihilominus pupillari Turonum patrimonio, quorum civili Turonum more ut civis parenti illico pupillarium fundorum reditus proventuſque annui privatim, quæruntur ſub oneribus eo more indictis*, §. 346. Voyez du Molin, *art.* 41 *du tit.* 13 de la Coutume d'Auvergne.

Cette déciſion particuliere n'eſt pas néanmoins d'un grand poids pour la déciſion générale que nous demandons; car enfin dans la Coutume de Tours, Loi de la ſituation, la garde y eſt déférée de droit à l'inſtant du décès. La Loi du domicile qui eſt à Paris, exige à la vérité une acceptation judiciaire; mais cette acceptation ſurvenant, les deux Coutumes concourent dans le même objet, qui eſt de déférer la garde du jour du décès : ainſi point d'oppoſition en ce cas dans les deux Coutumes.

C'eſt pourquoi ſi, avant toute acceptation de garde, celui qui eſt appellé, répudioit à Paris, ou s'excluoit par quelque acte incompatible avec la garde, cette répudiation auroit à Tours inconteſtablement un effet rétroactif.

Mais je demande ſi, la garde étant ouverte dans le grand Perche, qui donne quarante jours pour l'accepter, faute de quoi elle eſt préſumée répudiée, & y ayant des biens ſitués à Orléans, qui ne donne que quinzaine pour la répudier, faute de quoi elle eſt préſumée acceptée; ſi, dit-on, la garde ſera acceptée à Orléans, faute de l'avoir répudiée dans la quinzaine, & ſi le gardien aura encore la faculté de l'accepter ou de la répudier dans le grand Perche, qui donne quarante jours.

Si le principe de la réalité paſſe, il paroît néceſſaire d'en tirer la conſéquence, que la garde doit être acceptée ſelon

les formes preſcrites par chaque Coutume, & cette conſéquence ſubſiſteroit encore dans les Coutumes où la garde & la tutele ſont jointes enſemble de droit, parce que, quoique jointes, il faut pourtant les diſtinguer, puiſqu'elles ont des droits ſi oppoſés, comme nous l'avons obſervé ci-devant.

Dans ma Queſtion 6, des Démiſſions de biens, *pag.* 107, j'ai cru que l'acceptation de la garde devoit être faite ſuivant les formalités de chaque Coutume. J'ai regardé ces formalités comme attachées aux choſes mêmes qui tombent en garde, & j'ai penſé qu'à l'*inſtar* des formalités des retraits, il faut les obſerver telles qu'elles ſont preſcrites dans chaque Coutume, & je l'ai penſé ainſi, emporté par la ſévérité des principes.

C'eſt le ſentiment de Guerin, ſur Paris, *art.* 269. C'eſt celui de le Maître, en ſon Commentaire ſur la même Coutume. Mais je l'avoue, je n'ai pas ſenti pour lors tous les contre-coups de cette déciſion ; j'ai tiré une conſéquence exacte des principes généraux : mais faut-il, en matiere de Juriſprudence, & ſur-tout par rapport à des queſtions qui naiſſent de l'antipathie de nos Coutumes ; faut-il, diſons-nous, être ſi Logicien ? & n'y auroit-il point lieu de s'écarter de cette grande ſévérité de conſéquences pour ſuivre un parti plus convenable au bien de la ſociété civile ?

Je conviens que la garde dépend de la Loi de la ſituation des biens, pour régler la nature des biens qui entrent dans la garde, en fixer la durée & déterminer les perſonnes qui peuvent l'accepter ; mais de-là doit-on conclure que celui qui eſt appellé dans pluſieurs Coutumes à être gardien, puiſſe avoir le choix de ſe porter gardien dans une Coutume, & ne l'être pas dans une autre, ou puiſſe être forcé de l'être dans l'une, & de ne pas l'être dans l'autre, ſuivant qu'il aura obſervé ou n'aura pas obſervé les formalités qui y ſont requiſes? Voilà le point de la difficulté.

Si l'on admet que celui qui eſt gardien dans une Coutume eſt dès-lors tenu indiſtinctement, & indépendamment de toute contribution, de tous les arrérages des dettes annuelles du mineur (Queſtion que nous diſcuterons ci-après) celle que nous propoſons préſentement intéreſſeroit notablement les gardiens, & au contraire elle ſeroit beaucoup moins intéreſſante pour eux, ſi on admet la contribution des dettes

On agite une queſtion qui peut avoir quelque dépendance avec celle-ci, qui eſt de ſavoir ſi la garde peut ſe ſincoper à l'égard des enfants, c'eſt-à-dire, ſi un gardien peut l'être de l'un, & ne pas l'être des autres. Les avis ſont partagés, & il n'y a aucune déciſion, ni préjugé ſur cette queſtion particuliere ; mais quand on admettroit que la garde peut ſe ſincoper à l'égard des enfants, ce ne ſeroit pas encore une raiſon pour la ſincoper à l'égard des différentes Coutumes, de maniere que l'on pût être gardien d'une perſonne dans une Coutume, & ne pas l'être dans une autre qui y appelle également.

Il eſt vrai que chez les Romains la tutele pouvoit ſe diviſer ; on nommoit pluſieurs tuteurs ſuivant les cas, comme lorſque les biens étoient trop diſperſés : mais la tutele n'eſt pas une fonction volontaire, & il n'étoit pas juſte que le ſecours que l'on doit à un mineur, fût préjudiciable à un tuteur, & le réduisît à une eſpece d'impoſſibilité.

Mais la garde eſt toute volontaire en ſoi ; c'eſt une adminiſtration lucrative que la Loi préſente au gardien, qu'il peut accepter, ou ne pas accepter ; & il n'y a pas de raiſon que l'ayant répudiée dans une Coutume, on le force de l'accepter dans l'autre, ou que l'ayant acceptée dans l'une, il ne puiſſe pas la répudier dans l'autre.

Cependant cela peut arriver par la rencontre des différentes Coutumes, & dans des cas qui pourroient être très-onéreux au gardien. Par exemple, pour ne point ſortir de notre eſpece, la ſucceſſion eſt ouverte au grand Perche, qui donne quarante jours pour accepter la garde, ſinon elle eſt préſumée répudiée : il la répudie effectivement dans les quarante jours ; mais il y a des biens à Orléans, où, faute de l'avoir répudiée dans la quinzaine, elle eſt préſumée acceptée. Cet homme ne veut pas être gardien, & néanmoins il le ſera forcément à Orléans, expoſé peut-être à payer généralement toutes les dettes.

J'avouerai que la rigueur des principes exige que l'on ſatisfaſſe dans chaque Coutume aux formalités de chacune d'elles. Mais je voudrois pouvoir dire, contre la ſévérité des regles, qu'il ſuffit d'accomplir la formalité preſcrite par la Loi du domicile, où la garde eſt ouverte, & ce parti n'eſt pas déraiſonnable, & paroît très-naturel ; car dans une matiere auſſi difficile, & où il eſt preſque impoſſible de concilier les

différentes Coutumes, il semble nécessaire de faire ployer les principes, pour ne pas tomber dans des injustices manifestes. Ce parti peut être même appuyé de raisons.

Un testateur a des biens répandus en différents endroits : il fait son testament, est-il nécessaire que le testament soit revêtu de toutes les formalités prescrites par les différentes Loix de la situation ?

Un homme accepte une succession par bénéfice d'inventaire, suivant les formes prescrites par la Coutume de Paris, où la succession est ouverte ; il y a des biens situés en Normandie, où l'entérinement des Lettres est assujetti à certaines formalités particulieres ; faudra-t-il, après avoir observé les formalités de Paris, suivre encore celles de Normandie ?

Ainsi la garde acceptée ou répudiée dans la Coutume du domicile, doit influer dans toutes celles où il y a des biens sujets à la garde, comme l'acceptation ou la répudiation d'une succession influe par-tout : les différentes formalités requises pour l'acceptation de la garde, ne sont toujours que des formes différentes ; & le principe est, que quand on satisfait aux formalités du lieu où se passe un acte, cet acte a force & vigueur par-tout ; car ici les différentes formes ne tombent que sur l'acceptation, & on peut dire qu'elles sont requises pour former le lien du gardien : dès-lors il suffit que l'acceptation se fasse, & qu'elle se fasse suivant les formes du lieu où on accepte ; & dans ce systême on évite bien des embarras.

Renusson, en son *Traité de la Garde*, agite cette même Question, *chap. 6*, & il décide pour une seule acceptation. Que dira-t-on, par exemple, dans cette espece ? » Deux » conjoints sont demeurants en la ville de Tours. La femme » décede laissant des enfants mineurs. Il y a dans la succession » non-seulement des biens en Touraine, mais aussi en la Prévôté » & Vicomté de Paris.

» La Coutume de Touraine ne disant point que la garde » doive s'accepter en Jugement, & déférant la garde de plein » droit, on demande si le survivant des pere & mere, qui a » la garde de plein droit par la Coutume de Touraine, est » tenu d'accepter la garde en Jugement à Paris, soit en per- » sonne, ou par procureur fondé de procuration, pour faire les » fruits siens, des biens situés en la Prévôté & Vicomté de

» Paris ; ou ſi, n'ayant point accepté la garde à Paris, il ne » fait les fruits ſiens que des biens ſitués en la Coutume de » Touraine, qui donne la garde-noble de plein droit, ſans » qu'il ſoit beſoin de l'accepter en Jugement.

» Ce cas reçoit plus de difficulté que le cas précédent ; car » dans le cas précédent, la garde étoit ouverte à Paris, où les » pere & mere étoient demeurants, & le ſurvivant des pere » & mere avoit accepté la garde en Jugement. Il n'y a rien » qui empêche que la garde-noble, acceptée en Jugement à » Paris, ne s'étende ſur les biens de Touraine, où la garde » eſt attribuée de plein droit au ſurvivant des pere & mere, » ſans qu'il ſoit beſoin de l'accepter en Jugement ; mais il y » a plus de difficulté ſi la garde-noble attribuée de plein droit » par la Coutume de Touraine, s'étendra auſſi de plein droit » ſur les biens de la Coutume de Paris, qui n'attribue pas la » garde-noble de plein droit, & qui veut que la garde ſoit » acceptée en Jugement.

» On pourra dire, que le plus comprend le moins ; mais » que le moins ne comprend pas le plus ; que la garde-noble » n'ayant point été acceptée en Jugement en Touraine, parce » que la Coutume ne deſire pas qu'elle ſoit acceptée en » Jugement, elle ne doit pas s'étendre ſur les biens de la » Coutume de Paris, qui veut expreſſément que celui à qui » la garde eſt déférée, ſoit tenu de l'accepter en Jugement ; » qu'il eſt néceſſaire que le ſurvivant des pere & mere, qui » ont leur domicile en Touraine, accepte à Paris en Jugement » la garde, ou en perſonne, ou par Procureur, s'il veut faire » ſiens les fruits des biens de la Coutume de Paris ; qu'il faut » obſerver les formalités & ſolemnités preſcrites par la Cou- » tume de Paris, ſi on veut jouir du bénéfice de la Coutume, » & du droit qu'elle attribue, par la raiſon que les Coutumes » reglent les biens qui ſont dans leur étendue. Néanmoins il » ſemble raiſonnable de conclure, que le ſurvivant des pere » & mere, qui ont été demeurants en Touraine, où la garde- » noble eſt attribuée de plein droit, doit faire les fruits ſiens, » non-ſeulement des biens ſitués en Touraine, mais auſſi de » ceux à Paris, & qu'il n'a pas beſoin de faire une acceptation » de la garde-noble à Paris en Jugement, par la raiſon que » le droit de garde lui eſt acquis par la Coutume de ſon » domicile, qui ne deſire pas que la garde ſoit acceptée en

» Jugement. Il faut faire grande différence entre le droit que » les Loix & Coutumes attribuent & déferent, & les ſolemnités » & formalités que les mêmes Loix & Coutumes preſcrivent, » pour jouir du droit. Nous avons rapporté l'exemple des » Teſtaments.

» Il ſuffit qu'un teſtament ſoit revêtu des ſolemnités requiſes » par la Coutume du lieu où il a été paſſé ; le teſtament eſt » bon & valable, même pour les biens ſitués en d'autres » Coutumes, qui requierent d'autres ſolemnités que celles » preſcrites par la Coutume où il a été paſſé. On peut dire » la même choſe pour la garde-noble. Il n'eſt pas néceſſaire » que le ſurvivant des pere & mere, qui eſt demeurant en » Touraine, aille à Paris faire l'acceptation de la garde en » Jugement, pour faire les fruits ſiens des biens ſitués en la » Coutume de Paris. La raiſon eſt que les perſonnes qui ſont » demeurants dans une Coutume, ne penſent qu'à obſerver » ce qui eſt requis par la Coutume de leur domicile, & » ignorent ſouvent ce qui eſt requis par les autres Coutumes ; » autrement ce ſeroit admettre pluſieurs ſortes de gardes en » une même perſonne. «

Suivant cet avis, que j'embraſſe volontiers, il faudra, pour la forme & les délais de l'acceptation, obſerver ce qui eſt requis dans la Coutume du domicile où la garde eſt ouverte.

Dans l'eſpece que Renuſſon s'eſt faite, il feint le gardien domicilié à Tours, & qu'il y a des biens à Paris, & il préſuppoſe qu'il peut être gardien à Paris, ce que je ne ſaurois admettre, ni dans le cas du pere roturier qui n'eſt pas bourgeois de Paris, ni dans le cas de l'aïeul noble qui n'eſt pas domicilié dans la Prévôté & Vicomté, comme je l'ai obſervé ci-devant. La Coutume de Paris exigeant, comme diſpoſition réelle, la qualité de bourgeois de Paris pour les roturiers, ou de domiciliés dans la Coutume pour les nobles ; mais enfin, il eſtime du moins qu'il ne faut qu'une ſeule acceptation, & c'eſt pour cela que je l'emploie quant à préſent.

Mais ſi la ſucceſſion eſt ouverte dans une Coutume qui n'admet pas de garde, & que celui qui ſe préſente pour l'accepter ſoit domicilié dans un lieu qui ne l'admet pas non plus, & que les biens ſujets à la garde, ſoient ſitués dans différentes Coutumes qui exigent différentes formalités, quelle Coutume ſuivra-t-on ? On ne tombe pas dans le cas de cette queſtion, en

ſuivant

ſuivant la rigueur des principes & la réalité des Coutumes. L'acceptation ſera faite dans chacune des Coutumes différentes où il y a des biens; mais enfin ſi l'on veut ſe ranger du parti de dire qu'une ſeule acceptation ſuffit, il ſemble naturel d'incliner à dire que la Loi du domicile ne fixant rien, l'acceptation faite dans une des Coutumes où il y aura des biens, ſuffira pour les autres. L'acceptation eſt un contrat que le gardien fait avec le mineur : ce contrat eſt revêtu de ſes formes légitimes, quand il eſt revêtu de celles où il ſe paſſe; & un contrat une fois revêtu de ſes formes, a lieu par-tout.

Quand la garde a été dévolue & acceptée, elle ne ſe perd point, quand il ſeroit poſſible que les mineurs puſſent changer de domicile, & qu'ils iroient demeurer en Coutumes qui n'admettroient pas la garde; la raiſon en eſt, qu'ayant été valablement acceptée, elle ne peut ſe perdre que par les voies indiquées & marquées par les Loix. *Eodem modo contractus diſſolvuntur quo contrahuntur.* Et nous ne trouvons pas, dans nos Coutumes, que le changement de domicile des mineurs, faſſe jamais perdre la garde au gardien.

Cette queſtion ne peut tomber que ſur les meubles, dont le gardien n'a que la jouiſſance dans certaines Coutumes, & qu'il fait ſiens irrévocablement dans d'autres, parce que les meubles peuvent changer de ſituation quand la perſonne change de domicile, au lieu que les immeubles ont toujours une aſſiete certaine : & c'eſt par rapport aux immeubles que le changement de domicile eſt indifférent, puiſque c'eſt la Loi de la ſituation au jour de l'ouverture de la garde, qui les fait tomber en garde.

Mais ſi le changement de domicile ne change rien à la garde dévolue & acceptée, nous avons nombre de Coutumes qui la font perdre en cas de remariage, & elles ſont encore très-variées à ce ſujet.

Sans entrer dans l'énumération de ces Coutumes & de leurs diſpoſitions différentes à cet égard, nous nous contenterons de dire que les droits de la garde étant réels, il faut obſerver les différentes Coutumes de la ſituation; que par conſéquent le gardien peut la perdre dans une Coutume, & la conſerver dans une autre, en cas de remariage.

Il en eſt de ce cas comme de l'âge, qui, comme nous l'allons dire, fait finir la garde plutôt ou plus tard. Le gardien ceſſe

d'être gardien dans une Coutume, & continue de l'être dans une autre.

Le décès des gardiens, ou de ceux qui sont en garde, fait encore finir, dans les pays coutumiers, la garde; savoir, irrévocablement dans le cas du décès du gardien, parce que jamais la garde ne se réitere, & dans le cas du décès de celui qui est en garde, elle finit pareillement, supposé néanmoins que tous les enfants qui sont en garde meurent tous avant que d'être sortis de garde; car tant qu'il y en a un d'eux qui survit étant en garde, la garde subsiste pour tous les biens qui y sont entrés, & qui appartenoient à ceux qui sont décédés, & ce par la voie de l'accroissement qui se fait au profit du survivant, des portions tombées dans la garde. C'est le sujet de la note de Me Ch. du Molin sur l'*art.* 164 de la Coutume du Bourbonnois, sur ces mots: » si lesdits enfants meurent avant » ledit temps, l'usufruit & administration sont finis. *Scilicet omnes sine liberis, quia quandiu unus filiorum, vel stirpe naturali, & legitima superest, illi accrescit.*

Chasseneuz, sur Bourgogne, *rub.* 6, des enfants de plusieurs lits, § 5, *in textu*, séparés de leur pere *in princip.* distingue entre les pays de droit écrit & les pays coutumiers: quant aux premiers, il prétend que l'usufruit que le pere a sur les biens de ses enfants à raison de la puissance paternelle, dure & subsiste même après sa mort; mais que dans les pays coutumiers ce droit d'usufruit s'éteint par sa mort: voici comme il parle.

Quidam nobilis qui habebat solum & unicum filium qui in minori ætate ab humanis decessit, habens bona in Comitatu Burgundiæ, & sic in patria juris scripti quoad hunc casum, & in Ducatu Burgundiæ, & sic extra patriam juris scripti, sed in terminis hujus consuetudinis, cujus filii administrationem habebat pater, corporis scilicet, & bonorum, quia mortua erat ejus mater, dubitatum fuit nunquid pater deberet semper habere usumfructum bonorum illius. Il agite d'abord la question en faveur du pere; mais il dit ensuite: *credo quod in bonis quæ sunt in Comitatu Burgundiæ, hoc verum est, & non est dubium, quia ibi sunt in hoc articulo in patria juris scripti; sed in bonis quæ sunt sita in Ducatu Burgundiæ ex consuetudine nostra, quæ ibi viget, aliud dicendum est, quia in illis pater ad usumfructum post mortem non admittitur.... filius enim mortuus non est amplius in*

minori ætate, & ad minùs eſt ſeparatus à patre, quia mors omnia ſolvit. Et n. 10, *pater non debet habere uſumfructum in bonis filii prædefuncti ubi viget hæc noſtra conſuetudo; ſcilicet in Ducatu Burgundiæ. Ubi tamen eſſemus in patria juris ſcripti, pater haberet uſumfructum per textum in* §. *fin. vero.*

QUATRIEME QUESTION.

De quels biens le gardien doit-il jouir?

Nous avons quelques Auteurs qui prétendent que la garde eſt toute perſonnelle, & qui, ſur ce fondement, décident que celui qui par la Coutume du défunt a droit de garde, a en conſéquence le même droit dans toutes les autres Coutumes indiſtinctement, où il y a des héritages. C'eſt, entre autres Auteurs, l'avis de M. Denis Simon, Conſeiller à Beauvais, dans ſon petit Traité des Statuts, étant à la fin de ſa Bibliotheque hiſtorique.

Challine, au contraire, dans ſa méthode pour l'intelligence des Coutumes, où il traite des Statuts, *pag.* 290, prétend que la garde ſe regle ſelon le lieu de la ſituation, & qu'elle regle plutôt le droit en la choſe que la perſonne.

Nous avons dit ci-devant que la garde avoit les biens pour objet direct & principal, *magis eſt jus in rem quàm in perſonam.*

D'où il eſt facile de conclure que les droits de la garde ſont réels, & ſe reglent par la Coutume de la ſituation des biens.

C'eſt pourquoi on ne doit point conſidérer, quant aux biens, le domicile de celui qui eſt en garde, mais la ſeule Loi de la ſituation.

Cela eſt inconteſtable dans la garde-royale. Le Roi ne jouit que des fiefs ſitués dans la Coutume de Normandie, & non de ceux ſitués ailleurs. V. la note de M. Julien Brodeau, ſur l'*art.* 215 de cette Coutume.

Ainſi ſi un mineur étoit domicilié dans une Coutume qui n'admît pas la garde, il n'y auroit pas de gardien dans cette Coutume, & les biens qui y ſeroient ſitués ne tomberoient pas en garde; mais s'il avoit des biens ſitués dans des Coutumes qui admettent la garde, ces biens y tomberoient, &

le gardien ne jouira, dans chacune de ces Coutumes, que des biens qui ſont accordés par icelles.

Par la même raiſon de la réalité, la jouiſſance du gardien finira dans une Coutume & ſubſiſtera dans une autre, ſi la durée en eſt différente dans ces Coutumes.

Dans le cas où celui qui eſt en garde ſe trouvera domicilié dans une Coutume qui n'admet pas la garde, jamais le gardien ne pourra profiter des meubles, ni en propriété, ni en uſufruit, parce que c'eſt la Loi du domicile de celui qui eſt en garde qui régit les meubles, comme Loi réelle, & que dans le fait la Loi du domicile n'admet point de garde.

CINQUIEME QUESTION.

Quelles ſont les charges dont eſt tenu le Gardien ?

Comme nos Coutumes ont ſur la garde des mineurs des diſpoſitions très-différentes, il en réſulte, ſur le paiement des dettes, des queſtions très-difficiles.

Quelques-unes n'admettent aucune garde. Châlons, *art.* 10.

D'autres n'admettent que la garde-noble. Anjou, *art.* 88 *in fine ;* Mantes, *art.* 178 ; Clermont, *art.* 176.

D'autres admettent la noble & la bourgeoiſe. Paris, Berry.

Quelques-unes ne font tomber dans la garde que les fiefs, & non les biens tenus en rotures & cenſives.

D'autres y font tomber également les fiefs & les rotures.

Entre toutes ces différentes Coutumes, les unes chargent le gardien indéfiniment de toutes les dettes mobiliaires & perſonnelles, & indéfiniment encore des arrérages de rentes & charges annuelles, Paris. Les autres ne le chargent, quant aux arrérages à échoir, que juſqu'à concurrence des fruits, Berry, & cela quant aux gardes bourgeoiſes.

Entre les Coutumes qui chargent des dettes mobiliaires & perſonnelles indéfiniment, il y en a qui donnent au gardien les meubles en propriété, & indiſtinctement la jouiſſance des fiefs & des rotures. Berry, quant aux gardes-nobles, *tit.* 1, *art.* 22, 23, 24, 25, 26. D'autres donnent également la propriété des meubles, mais ne donnent que la jouiſſance des ſimples fiefs. Melun.

D'autres ne donnent que l'adminiſtration des meubles,

mais donnent la jouiſſance de tous les biens nobles ou roturiers. Paris.

Or un homme, après le décès duquel les enfants tombent en garde, peut avoir des biens ſitués dans toutes ces différentes Coutumes ; dont les unes n'admettront la garde, ni noble, ni bourgeoiſe ; d'autres admettront l'une & l'autre. Les unes accorderont la propriété des meubles, les autres la ſimple adminiſtration. Les unes n'accorderont la garde que des fiefs, les autres des fiefs & des rotures. Les unes chargeront indéfiniment des dettes mobiliaires & perſonnelles, & les autres juſqu'à concurrence des fruits & revenus.

His poſitis, comment réglera-t-on la garde par rapport au paiement des dettes ?

Avant que de répondre à la queſtion, il eſt bon de dire quelque choſe de la maniere dont les dettes ſe paient entre héritiers. Ces notions préliminaires pourront ſervir à l'éclairciſſement de la queſtion.

Tout le monde ſait qu'il y a des Coutumes qui chargent l'héritier qui recueille les meubles, de toutes dettes mobiliaires, & qui par rapport aux autres dettes, en ordonnent la contribution entre tous les autres héritiers, au *prorata* de ce qu'ils prennent dans les immeubles, ou de telle autre maniere dont la Loi de la ſituation l'exige.

Il y en a où les dettes mobiliaires & immobiliaires ſe contribuent au *prorata* entre les hétitiers des meubles & des immeubles.

Dans ces circonſtances, un homme qui décede laiſſe très-communément, dans ſa ſucceſſion, des meubles & des immeubles, & ceux-ci ſont très-ſouvent ſitués dans différentes Coutumes.

Il n'y a pas de difficulté par rapport au paiement des dettes entre co-héritiers, que c'eſt la Loi du domicile du défunt qui regle s'il y aura contribution, ou s'il n'y en aura pas ; de ſorte que ſi le défunt eſt domicilié dans une Coutume où les meubles ſont chargés des dettes mobiliaires, c'eſt à l'héritier des meubles à payer toutes ces dettes mobiliaires, les héritiers des immeubles n'en doivent rien ; de maniere même que ſi l'héritier des propres ſe trouve créancier d'une ſomme mobiliaire, il ne confondra rien de ſa créance, parce qu'il ne prend rien

dans les meubles sur lesquels seulement le paiement des dettes passives-mobiliaires est assigné. V. Ricard, des Donations, 3e *partie*, *n.* 1510; & Lebrun, des Successions, *liv.* 4, *chap.* 2, *sect.* 3, *n.* 17.

La raison de cette Jurisprudence, est la seule volonté de la Loi; elle n'accorde la propriété des meubles d'un défunt que sous cette charge; si l'on veut profiter du bénéfice, il faut acquitter la charge, l'un ne marche pas sans l'autre.

1re QUESTION. Mais en faut-il dire de même du gardien, qui, en sa qualité de gardien, prend les meubles, soit en propriété, soit en usufruit, dans les Coutumes qui le chargent des dettes mobiliaires?

2de QUESTION. Je demande en second lieu, si le gardien, chargé d'acquitter les dettes mobiliaires & personnelles, & les arrérages des rentes & dettes annuelles, mais qui ne jouit pas des biens situés en Coutumes où la garde n'a pas lieu, paiera indistinctement toutes les dettes mobiliaires, & tous les arrérages des rentes courantes pendant la garde, ou s'il ne paiera que la portion des dettes qui, par la contribution, doit être supportée par les biens dont il jouit; de sorte que s'il y a des biens situés en Coutumes qui n'admettent pas la garde, il ne doive pas la portion des dettes que ces biens doivent supporter dans la contribution entre héritiers.

PREMIERE QUESTION.

Sur les Charges & Dettes.

Quant à la premiere question, nous observerons d'abord que quand nos Coutumes parlent des dettes mobiliaires & personnelles, il ne faut pas séparer ces deux choses, elles entendent parler de celles qui sont tout à la fois personnelles & mobiliaires; *quæ de mobilibus debentur per actiones personales.* Elles sont personnelles, parce qu'elles sont dues par la personne, & mobiliaires, comme tendantes à un meuble; mais nos Coutumes n'entendent pas parler des dettes mobiliaires d'une part, & personnelles d'autre, mobiliaires ou immobiliaires.

Il faut distinguer entre les dettes personnelles-mobiliaires, & les dettes personnelles-immobiliaires; car il est des dettes

perſonnelles, mais immobiliaires, telles que ſont les rentes; & nos Coutumes, quant à ce, n'aſſujettiſſent pas le gardien au paiement du fonds de ces rentes, mais aux ſimples arrérages d'icelles. Ce qui a fait dire à Me Charles du Molin, ſur l'*art.* 252 de la Coutume du Maine, qui aſſujettit l'héritier qui prend les meubles, à payer les dettes perſonnelles & arrérages des rentes, *tamen non dicit*, la rente en ſoi.

Il ne ſuffit donc pas, par rapport aux dettes mobiliaires dont le gardien eſt tenu, qu'elles ſoient mobiliaires, il faut encore qu'elles ſoient perſonnelles; c'eſt-à-dire, il faut que le défunt ait pu être pourſuivi au paiement de ces dettes en vertu d'un engagement par lui perſonnellement contracté, & de-là naît la queſtion de ſavoir, de quoi le gardien ſeroit tenu dans le cas d'une action en revendication d'un meuble; car cette action en revendication, fût-ce d'un meuble, eſt réelle, *nec enim actio minus realis eſt quæ fiendum aliquod mobile continet & vindicat, ſolum enim dominium vindicatum abſque præmiſſa promiſſione facit realem ſive ſit aliquod mobile, ſive ſit prædium, aut latifundium.* Ce gardien, qui aura enviſagé l'uſage ou la propriété d'un meuble conſidérable, ou la jouiſſance d'une grande terre qu'il trouve dans une ſucceſſion, mais dont il eſt évincé par revendication, ſouffriroit un dommage conſidérable de l'éviction: car la Coutume ne le charge pas de cette dette, qui n'eſt pas perſonnelle, & il ſemble qu'il devroit être indemniſé juſqu'à due concurrence du profit qu'il eût eu de la choſe évincée; il n'eût pas accepté ſi le cas avoit pu ſe prévoir. Voyez d'Argent. *art.* 273 de la Coutume de Bretagne. Voyez *Burg. tract.* 3, *n.* 3, *ad conſ. Flandriæ.*

Nous obſervons, en ſecond lieu, que quand nous parlons d'arrérages de rentes, nous n'entendons pas parler d'arrérages de rentes foncières dont certains biens peuvent être chargés, & dont le gardien ne jouiroit pas; mais de toutes autres rentes, même hypothécaires, parce que les rentes foncieres ſont charges réelles des héritages, & que les autres ſont des dettes volantes & qui ſe répandent ſur tous les biens. Auſſi la Loi *ſi fideicommiſſum*, dont nous allons parler, excepte-t-elle ces ſortes de rentes foncieres de la regle générale, *ſi forte certis oneribus deſtinatum ſit id patrimonium.*

Cela présupposé, venons à notre question. Le gardien qui prend les meubles dans une Coutume où les dettes mobiliaires & personnelles sont la charge des meubles, paiera-t-il indistinctement toutes les dettes mobiliaires & personnelles ?

Le principe est que *æs alienum, totum patrimonium imminuit. L. si fidei commissum*, §. 1, *ff. de judiciis*, &, suivant ce principe, les dettes mobiliaires & immobiliaires se répandent également sur les meubles comme sur les immeubles.

Mais cette maxime cesse dans les Coutumes qui chargent les meubles, en particulier, des dettes mobiliaires. La raison en est, que la Loi est maîtresse de nos biens; elle les dirige, elle en dispose comme elle le juge à propos, & de-là cette diversité de Coutumes au sujet du paiement des dettes dans les successions; mais quelles que puissent être ces dispositions des Coutumes, il faut les exécuter, chacune en particulier, autant qu'il est possible.

Mais dans ce systême, le gardien sera donc tenu indéfiniment des dettes personnelles-mobiliaires, & arrérages des rentes au-delà de la valeur des meubles, ou même du juste produit que l'administration d'iceux peut lui procurer.

La raison du doute vient de ce que le gardien n'est pas un successeur universel.

En effet, nous avons quelques Coutumes, comme Berry, qui, par rapport à la garde, n'assujettissent le gardien aux dettes, que jusqu'à concurrence du bénéfice & non plus avant, & ces dispositions sont conformes à plusieurs notes de Me Ch. du Molin.

Cet Auteur, sur l'*art.* 99 de l'ancienne Coutume de Paris, a estimé que la charge de gardien de payer les dettes, n'étoit que jusqu'à concurrence du profit qu'il faisoit dans la garde. *Pro rata tantùm bonorum etiamsi sua faciat mobilia, unde solent facere inventarium ad clarificationem, & ne teneantur ultrà.* La raison qu'il en apporte, est que *Statutum est per arrestum, quod qui non capit mobilia, tanquam hæres, non tenetur ad debita nisi pro rata bonorum, si constet.*

Le même, sur l'*art.* 90 de la Coutume d'Amiens, qui charge celui qui prend à titre universel les biens-meubles d'un défunt,

ſunt, de toutes les dettes perſonnelles, nous avertit qu'il n'y a de titre univerſel que celui de ſucceſſion, & que tout autre titre eſt toujours un titre particulier.

Voici comme il s'explique ſur ces mots, à titre univerſel, *ſcilicet ſucceſſionis, ſecus, ſi jure legati omnium mobilium, quia eſt titulus particularis.*

Me Ch. du Molin paroît avoir été dans une opinion ſingulière, en diſant qu'il n'y avoit de titre univerſel que celui de ſucceſſion, & qu'il n'y avoit que celui-là qui obligeoit aux dettes. Parmi nous, le ſimple legs d'une quotité, paſſe pour un titre univerſel; mais en s'écartant de cet avis, & en reconnoiſſant d'autres titres univerſels aſſujettis aux dettes, il faut convenir qu'il n'y a que celui de ſucceſſion qui aſſujettiſſe indéfiniment à toutes les dettes, & que tous autres titres qui donnent une univerſalité, ou une quotité dans l'univerſalité, n'aſſujettiſſent que juſqu'à concurrence du bénéfice.

D'où il ſembleroit néceſſaire de conclure que le gardien n'étant pas un héritier, tout ce que l'on peut décider dans le cas propoſé, eſt que le gardien n'eſt tenu que juſqu'à concurrence du bénéfice de la garde.

Mais, malgré toutes ces raiſons, il me paroît qu'il faut décider, au contraire, que le gardien qui prend les meubles, ſoit à titre de propriété, ſoit à titre d'uſufruit, eſt tenu indéfiniment de toutes les dettes perſonnelles-mobiliaires, ſi la Loi qui donne les meubles, ſoit en adminiſtration, ſoit en propriété, (& cette Loi doit toujours être celle du domicile du défunt) y aſſujettit indéfiniment, & cela par le principe que j'ai expoſé ci-devant, que la Loi eſt la maîtreſſe de nos biens, & qu'elle en diſpoſe comme elle le juge à propos; joint que l'acceptation de la garde opere l'effet d'un forfait, & d'un contrat dreſſé par la Loi elle-même, qui doit être pleinement exécuté par le gardien, & ce contrat eſt de rendre la garde quitte, & celui qui eſt en garde déchargé de toutes dettes perſonnelles-mobiliaires, quand la Loi du domicile du défunt qui la défere, le veut ainſi.

L'*art.* 238 de la Coutume de Paris, peut autoriſer cette déciſion: cet article accorde la faculté au ſurvivant noble, quand il n'y a point d'enfants, de prendre les meubles hors la ville & fauxbourgs de Paris, & le charge de payer les dettes mobiliaires & les frais funéraires du prédécédé.

Cet article ne donne pas tous les meubles indistinctement; mais les meubles hors la ville & fauxbourgs, qui ne sont pas ordinairement, ni les plus précieux, ni les plus abondants.

Cependant cet article charge indéfiniment le survivant, qui prend les meubles en question, de payer les dettes mobiliaires.

Or, dans cette espece, personne ne s'est avisé de proposer qu'il fallût faire une contribution de dettes mobiliaires. V. Duplessis, Traité de la communauté, *liv.* 2, *sect.* 6. Lebrun, des Successions, *liv.* 1, *ch.* 7, *n.* 55. Il est pourtant vrai que la Coutume de Paris, entre héritiers, contribue les dettes *pro rata emolumenti.*

L'espece que nous venons de traiter, regarde les Coutumes qui chargent en particulier les meubles des dettes mobiliaires, & qui en conséquence y assujettissent les gardiens; mais si la Coutume du domicile qui régit les meubles, ordonnoit une contribution entre les héritiers, nous retombons, par rapport au gardien, dans l'examen de la seconde question.

DEUXIEME QUESTION.

Dans les Coutumes de contribution, les dettes, tant mobiliaires qu'immobiliaires, se distribuent entre les héritiers sur tous les biens de la succession, en quelques Coutumes qu'ils soient situés. Il s'agit, dans notre deuxieme question, de savoir, si dans ces Coutumes le gardien ne paiera les dettes que pour la portion que doit supporter chaque Coutume où les biens sont situés, & dont il jouit à titre de gardien, ensorte qu'il ne soit pas obligé de payer la portion des dettes régalées sur les biens situées en Coutumes qui ne reconnoissent pas la garde, & où le gardien ne jouit de rien, ou s'il les paiera toutes indistinctement & sans avoir égard à ce qu'il ne jouit pas de tous les biens.

Sur cette question on ne manque pas de rappeller le principe que nous avons cité ci-devant, qui est que *æs alienum totum patrimonium imminuit*; que les dettes ne se paient pas sur les biens d'une seule Coutume, mais en général sur tous les biens par contribution, & au *prorata* des biens.

Que cette contribution se fait de droit, & à l'instant même

de l'ouverture de la ſucceſſion dans les Coutumes de contribution.

Qu'elle a lieu avant toute acceptation de la garde, enſorte que les dettes une fois régalées ſur tous les biens lors de l'acceptation de la garde, il s'eſt fait un paiement légal des dettes par tous les biens de la ſucceſſion du prédécédé, au moyen de quoi, & de cette opération faite par la Loi, quand le gardien accepte la garde, il s'enſuit qu'il ne s'eſt uniquement obligé qu'à acquitter le mineur de la part des dettes que doivent ſupporter les biens dont il jouit.

Que la maxime qui *garde-prend, quitte le rend*, doit s'interpréter de maniere que le gardien, en rendant la garde, ait acquitté ſon mineur des dettes pour la portion dont les biens ſujets à la garde peuvent être tenus dans la contribution.

Que les Coutumes admettant la contribution d'une part, & déférant la garde d'autre, n'ont pu enviſager que la portion des dettes à ſupporter par les biens qui tombent en garde.

Je trouve dans des Conſultations qui furent faites ſur cette queſtion même, à l'occaſion de différentes conteſtations qui s'éleverent entre MM. de Moras & la Demoiſelle leur ſœur, dont je vais parler enſuite, différents moyens qui furent allegués, & que j'ai cru devoir expoſer ici.

On diſoit, en faveur de la contribution, que la garde étant réelle pour ce qui concerne l'émolument, il n'eſt pas poſſible de ne pas la juger réelle pour les charges qui ſont diviſibles de leur nature; que la Coutume du domicile ne doit pas avoir un pouvoir plus étendu pour les charges de la garde, que pour l'émolument; & comme il eſt reſtreint aux biens du territoire, les charges doivent être diminuées dans la même proportion.

Les dettes ſont une charge du patrimoine entier : celui qui eſt tenu des dettes ſuivant une Coutume, n'en eſt chargé qu'autant que cette Coutume peut l'en charger; c'eſt à-dire, dans la proportion des biens dont elle diſpoſe, & que le ſentiment oppoſé eſt contraire à tous les principes.

Quand un homme contracte des dettes, il aſſujettit au paiement d'icelles tous ſes biens; & quand il meurt, ce n'eſt pas tel & tel corps de biens qui doit; mais c'eſt l'hérédité entiere, & c'eſt la raiſon de la contribution.

Or, cette opération étant faite par la Loi, quand le gardien accepte la garde, il s'ensuit qu'il s'est uniquement obligé à acquitter le mineur des dettes qui doivent être prélevées sur les biens sujets à la garde. De même que chaque Coutume ne considere en ses dispositions que les biens qui sont en son détroit, de même aussi chaque Coutume ne considere que les dettes qui sont assises, pour ainsi dire, sur les biens situés dans son territoire.

Qu'autrement il n'y auroit pas de justice, parce qu'il n'est rien de si naturel que de garder une juste proportion entre l'émolument & les charges, & qu'il est juste que les charges cessent où cesse l'émolument.

On pousse le raisonnement plus loin ; on prétend même qu'il n'y auroit pas de raison pour le faire autrement, & l'argument est singulier. Le principe est, dit-on, en matiere de Statuts réels, qu'ils ne doivent jamais sortir de leur territoire.

Or, le Statut qui refuse au gardien la jouissance des biens du mineur, sortiroit de son territoire, en ce que, par exemple, les biens de Paris supporteroient les charges que les biens de la Coutume, qui n'admet pas la garde, devroient naturellement supporter ; ce qui feroit, pour cette Coutume, une succession sans dettes, au détriment & à la charge des biens régis par la Coutume de Paris.

On fait un dilême : les rédacteurs, dit-on, ont regardé la garde ou comme un Statut personnel, ou comme un Statut réel.

Au premier cas, ils ont entendu que le gardien auroit les fruits de tous les immeubles, en quelques endroits qu'ils soient situés, & ce seroit dans cette opinion que l'on pourroit dire, qu'ils l'auroient chargé de toutes les dettes mobiliaires, nourritures, &c. mais dès que l'on prive le Statut de tout son effet & qu'on en réduit la jouissance, il faut en réduire les charges.

Au second cas, & si le Statut qui donne la jouissance de tous les immeubles les réduit à ceux situés dans la Coutume, pourquoi ne réduira-t-on pas les termes généraux de dettes & arrérages de rentes ?

Si on n'admet pas, ajoute-t-on, la contribution des dettes de Coutumes à Coutumes, ces mêmes Coutumes se choque-

ront perpétuellement, & rendront le paiement des dettes preſqu'impoſſible. Par exemple, qu'un homme meure dans la Coutume de Paris, & ait des propres ſitués dans une Coutume où l'héritier des propres doit être acquitté par l'héritier des meubles & acquêts, il ſeroit impoſſible de donner effet à ces différentes Coutumes, ſans ſuppoſer que les dettes ſont charges de tout le patrimoine du défunt, & ſans établir une contribution. Or, l'admettre dans le cas de la garde, ce n'eſt que pratiquer dans un cas particulier, ce qui eſt établi généralement par-tout le Royaume pour le paiement des dettes.

Qu'on n'oppoſe pas l'*art.* 238, qui donne au ſurvivant des conjoints nobles, le droit de prendre, en pleine propriété, les meubles ſitués hors la ville & fauxbourgs de Paris, à la charge de payer les dettes mobiliaires. C'eſt à la propriété des meubles que la charge eſt attachée; mais dans la garde-noble elle eſt principalement attachée à la jouiſſance des immeubles.

Ainſi, quand elle n'eſt pas en état de lui livrer tout ce qu'elle lui offre, c'eſt-à-dire, la jouiſſance généralement de tous les immeubles, la charge doit diminuer à proportion.

On prétend que cet avis eſt fondé ſur la déciſion des Auteurs qui ont traité cette queſtion. Ferriere, dans ſa grande Compilation, l'agite expreſſément; & il s'appuie, dans le parti qu'il prend pour la contribution, ſur deux notes de Me Ch. du Molin, miſes ſur l'*art.* 99 de la Coutume de Paris. Nous avons ci-devant rapporté la premiere, où Me Charles du Molin, parlant des dettes dont le gardien eſt tenu, dit: *Pro rata tantùm bonorum, &c.*

Voilà la ſeconde note: *Rex in Normania utitur*, du bail, *omnium minorum nobilium, & ſolvit debita. Dominus* de Rogueux, *habebat bona in multis locis. Rex ceſſit Suſannæ* de Bourbon, ſa veuve, *matri pupilli totum jus* du bail. *Reſponſum cum Chartier & Seguis, quod ſolvit pro rata bonorum, quia ceſſerat omne patrimonium, & ſic pro rata ſitorum Normaniæ, præſertim cùm ibi defunctus non haberet domicilium, & Rex non habebat* les fruits *alibi ſitorum.*

On allegue encore l'Avis de Renuſſon, le ſeul Auteur dont nous ayons un Traité, *ex profeſſo*, de la Garde, *ch.* 6, *n.* 34. » La commune opinion, dit cet Auteur, a toujours été que

» le gardien ne fait les fruits ſiens, que des biens ſitués dans » la Coutume de Paris, & qu'il doit ſeulement contribuer à » la nourriture & entretien des enfants, & au paiement des » dettes perſonnelles & mobiliaires, & arrérages de rentes, à » proportion des biens. »

On cite, pour ce parti, Dupineau, ſur l'*art.* 85 de la Coutume d'Anjou. Cet Auteur ſe range du côté de Pontanus, qui, ſur la Coutume de Blois, décide que le gardien ne paieroit pas toutes les dettes, s'il ne percevoit pas tous les fruits.

M. le Lieutenant civil le Camus, en ſon Acte de notoriété du 18 Janvier 1701, convient que le gardien n'eſt tenu que par contribution. » Si, dit-il, un pere accepte la garde-noble » à Paris, où eſt ſon domicile, il aura la jouiſſance de tous » les meubles, actions & droits, en quelque lieu qu'ils ſe » trouvent, & des arrérages de rentes conſtituées, *quia non* » *habent ſitum.* Mais s'il ſe trouve, dans la ſucceſſion de ſa » femme, des biens ſitués en pays de droit écrit, il n'en jouira » pas en vertu de la Coutume, mais par le droit de puiſſance » paternelle ; s'il y en a en Normandie, il jouira par droit de » viduité ; & s'il y a des terres dans un Bailliage, où la garde-» noble ne ſoit pas établie, il n'en jouira pas, il ſera obligé » de tenir compte à ſes mineurs des revenus, parce que chaque » Coutume pour les droits réels, *quæ habent ſitum*, ou pour » les immeubles, oblige de ſuivre dans les partages ces » diſpoſitions, de maniere qu'il faut faire comme s'il y avoit » autant de ſucceſſions qu'il y a de différentes Coutumes où il » y a des biens, tant pour la diviſion des portions des héritages, » que pour le rapport des fruits, qui pour cela contribueront » aux dettes ; les unes voulant que les héritiers contribuent » par tête, les autres eu égard à la valeur des biens dont l'on » amende. «

Je trouve encore une déciſion en faveur de la contribution, dans le nouveau *Traité des Minorités*, *p.* 452. » Quand, dans la ſucceſſion qui donne ouverture à la garde, » il ſe trouve des biens ſitués en des Coutumes où la garde » n'a pas lieu, il ſemble qu'on doive ſuivre la Coutume de » Normandie, & que les biens qui ne tombent pas en garde, » doivent contribuer au paiement des dettes & à l'entretien » des mineurs. »

Voilà quelles ſont les raiſons expliquées dans le Mémoire & les Conſultations qui furent faites pour M. de Moras, pour autoriſer la contribution ; mais voici ce qui fait pour l'avis contraire, & qui eſt tiré en partie du Mémoire de Mlle. de Moras, c'eſt-à dire, pour ſoutenir que le gardien (ne jouit-il en ſa qualité de gardien, que des biens ſitués dans une Coutume) doit payer indiſtinctement toutes les dettes perſonnelles mobiliaires, & arrérages de dettes immobiliaires.

On convient, en premier lieu, qu'il n'eſt pas ici queſtion des rentes qui ſont foncieres de leur nature ; les arrérages de ces ſortes de rentes doivent être payés par les biens dont elles ſont la charge repréſentative du fonds.

On convient, en ſecond lieu, par rapport aux autres dettes, de la maxime, *æs alienum totum patrimonium imminuit ;* mais cette maxime ſouffre une exception qui a été expoſée ci-devant, qui eſt le cas où la Loi en a diſpoſé autrement, *ſi fortè certis oneribus deſtinatum ſit id patrimonium.*

Or la garde eſt préciſément dans l'exception ; car il eſt peu de Coutumes qui n'admettent la maxime, *qui garde prend, quitte le rend.*

Suivant cette maxime le mineur qui eſt en garde doit être rendu quitte de toutes dettes perſonnelles, mobiliaires, & arrérages de dettes immobiliaires. La maxime eſt générale, & indépendante des Coutumes de contribution.

En effet, les Coutumes qui ordonnent la contribution, ne l'ordonnent que reſpectivement aux héritiers, *ut ad invicem ſeſe exonerent.* Et par la néceſſité de diſtribuer les charges entre différents héritiers, qui ſouvent partagent très-inégalement les biens, quoique ſitués dans l'étendue d'une ſeule Coutume, ce ſont des eſpeces d'aſſociés, & il a paru juſte qu'en cette qualité ils payaſſent les dettes à proportion de ce dont ils amendent dans la ſucceſſion.

C'eſt pourquoi, s'il n'y a qu'un héritier, il n'y a point de contribution ; il doit ſeul toutes les dettes de la ſucceſſion : mais les mêmes Coutumes qui exigent la contribution entre héritiers, aſſujettiſſent preſque toutes le gardien indéfiniment au paiement des dettes. Ce gardien n'eſt pas cohéritier avec les mineurs qui ſont en garde, ni même avec les autres enfants majeurs, héritiers dans la même ſucceſſion.

Or les dettes d'une ſucceſſion, dont les biens mêmes ſont

répandus dans différentes Coutumes, ſont toujours les dettes de la ſucceſſion ; qu'elles ſe répandent, ſi l'on veut, par rapport aux héritiers, ſur tous les différents biens, cela doit être indifférent, parce que la portion que chaque héritier doit ſupporter dans la totalité, eſt la dette de chaque héritier ; c'eſt ſa quote-part dans les charges, & le gardien eſt chargé de toutes les dettes mobiliaires, & arrérages de rentes dont l'héritier en garde peut être tenu du chef de la ſucceſſion.

Qu'on ne diſe pas que les Coutumes étant toutes réelles en ce qui concerne l'émolument de la garde, il n'eſt pas poſſible de ne pas la juger réelle en ce qui regarde les charges qui ſont diviſibles de leur nature ; car nous conviendrons volontiers du principe. Les gardes ſont réelles pour l'émolument ; elles le ſont pareillement pour les charges, & ces charges ſont diviſibles.

Mais il ne s'enſuit pas de-là que les charges doivent être diviſées vis-à-vis le gardien ; que vis-à-vis de lui il faille les répandre, & les contribuer ſur les biens qui ſont hors la Coutume.

Si la Coutume de la ſituation n'a de pouvoir que ſur les biens qu'elle régit, & ſi l'émolument de la garde ſe borne à ces biens, c'eſt effectivement parce que s'il en étoit autrement, la Coutume excéderoit ſon pouvoir, elle étendroit ſa juriſdiction ſur des biens qui ne lui ſont pas ſoumis, elle accorderoit des droits ſur des biens qui ne dépendent pas d'elle.

Mais en bornant l'émolument, la Coutume peut, ſans excéder ſon pouvoir, ne pas borner les charges, parce qu'elle peut n'accorder cet émolument, que ſous des conditions plus ou moins étendues, plus ou moins reſſerrées & onéreuſes ; elle pourroit ne charger la jouiſſance que juſqu'à concurrence de l'émolument, & non plus avant : quand elle charge indéfiniment, elle uſe du pouvoir que tout particulier même a d'impoſer à ſa libéralité, telle charge qu'il juge à propos ; c'eſt au gardien à ſe conſulter dans le parti qu'il a à prendre, comme c'eſt au donataire à ſe conſulter s'il acceptera la donation, ou s'il ne l'acceptera pas.

Ainſi un donateur a des biens en différents endroits, & il a des dettes répandues ſur tous ces biens ; il détache un de ſes fonds, en fait une donation, & il charge de payer toutes

toutes ſes dettes, de droit commun, & ſelon une certaine regle de juſtice & de proportion. *Æs totum patrimonium imminuit.* Mais le donateur ne le veut pas ainſi ; il ne veut donner que ſous condition de payer toutes ſes dettes. Il eſt le maître.

Le Légiſlateur du lieu de la ſituation qui défere la garde, eſt un donateur, & donne, non pas les biens ſitués hors le pays de ſa légiſlation, mais il donne tous ceux qu'il peut donner, & il n'excede pas en cela ſon pouvoir. Ce Légiſlateur charge le donataire de toutes les dettes indéfiniment ; il ne l'excede pas encore, parce que ce qui ſe répand ſur tous les biens mêmes ſitués ailleurs, par un eſprit de juſtice, il le réunit par un droit rigoureux ſur les biens qui lui ſont ſujets, & il n'entreprend rien ſur autrui.

Qu'on ne diſe pas que chaque Coutume offre au gardien la jouiſſance de la totalité des biens, & que ne pouvant fournir ce qu'elle offre, il eſt juſte auſſi de diminuer les charges. Un pareil moyen n'eſt qu'une pure illuſion, & c'eſt tromper ſon imagination que de le propoſer.

Quand un Légiſlateur parle, il parle pour être obéi, & n'eſt pas préſumé faire des Loix pour des lieux & des biens ſur leſquels il n'a aucune juriſdiction ; ainſi ſes Loix, ſes offres, ſes préſents ſe renferment dans ſon territoire, ſur les lieux & ſur les choſes ſeules ſur leſquelles il a juriſdiction.

Il ne faut donc pas dire que la Coutume offre des biens ſitués hors de ſa domination. La Coutume ne donne, & n'eſt préſumée donner que ce qu'elle peut donner, & elle ne peut donner que les héritages ſitués dans ſon territoire.

Mais, on le répete, elle donne, & elle peut donner ſous telle charge qu'elle juge à propos, & la charge eſt de payer toutes les dettes. Ces charges ne ſont pas, à la vérité, de leur nature, charges foncieres, elles peuvent ſe diviſer & ſe répandre ſur tous les biens ; mais auſſi la Loi peut les fixer ſur certains biens, & en faire des eſpeces de charges foncieres, à l'exemple des Coutumes, qui chargent les héritiers des meubles, des dettes mobiliaires.

Il faut donc dire, que toute cette queſtion ſe réduit à connoître la volonté de la Loi. A-t-elle voulu réunir toutes les dettes, & les faire ſupporter par le gardien, ou ne l'a-t-elle pas voulu ?

Or que l'on conſulte nos Coutumes. Leur langage n'eſt pas équivoque ; elles diſent preſque toutes, que le gardien, à raiſon des meubles, & de la jouiſſance des immeubles qu'elles lui accordent, eſt obligé de payer les arrérages des rentes dues par le mineur, & les frais de ſon éducation & de ſon entretien, elles n'y mettent aucune limitation ; elles ne reſtreignent, ni ne ſéparent les dettes ; elles parlent en termes généraux, & il n'y a pas lieu de réduire ces termes.

Quand elles donnent la jouiſſance de tous les biens des mineurs, ces termes généraux doivent être entendus des biens du territoire, parce qu'il faut faire parler le Légiſlateur en homme ſenſé, qui ſait ce qu'il fait.

Mais quand elles chargent de toutes les dettes, il ne faut pas reſtreindre la Loi, parce que le Légiſlateur n'ordonne pas contre ſon pouvoir, & qu'il a droit de n'offrir un avantage, un bénéfice, que ſous telle condition qu'il juge à propos, & que s'il vouloit reſtreindre, mitiger cette condition, il étoit le maître de le faire, & ce qu'il n'a pas fait, il n'a pas voulu le faire ; il a voulu l'un, dès qu'il ne s'eſt pas expliqué ſur l'autre.

Il pourroit y avoir dans le principe, de la juſtice à proportionner la charge avec l'émolument, j'en conviens volontiers ; mais ce raiſonnement attaqueroit la diſpoſition de pluſieurs de nos Coutumes, qui, au lieu de donner au gardien la jouiſſance de tous les héritages ſitués dans l'étendue de ces Coutumes, ne donnent que la jouiſſance des ſimples fiefs ; car il faudroit dans chacune de ces Coutumes répandre les dettes ſur la totalité des biens qui y ſont ſitués, & cependant ces Coutumes mêmes chargent le gardien de la totalité des dettes. C'eſt ce que nous allons faire voir dans un moment.

Mais y penſe-t-on de dire que non-ſeulement il n'y auroit pas de juſtice à l'ordonner ainſi, mais même qu'il n'y auroit pas de raiſon. Ecoutons l'argument ? Le principe eſt, en matiere de Statuts réels, qu'ils ne doivent jamais ſortir de leur territoire, ni avoir empire les uns ſur les autres, ni contre les autres. Nous accorderons la majeure, quoique ces termes, *ni contre les autres*, ne ſoient pas fort intelligibles.

Or, le Statut qui refuſe au gardien la jouiſſance des biens du mineur, opéreroit, dit-on, contre celui de la Coutume de Paris, qui les lui donne.

Cette mineure eſt encore moins intelligible que la majeure. Quoi, parce qu'une Coutume n'accorde pas de garde, elle auroit empire ſur ou contre celle qui en accorde? Oui, dit-on, parce que la Coutume qui la refuſe profiteroit de la diſpoſition de celle qui en accorde, en ce que celle-ci chargeroit les biens qu'elle régit des dettes que l'autre devroit naturellement ſupporter, pour en faire une ſucceſſion ſans dettes, au détriment & à la charge des biens régis par la Coutume qui admet la garde; mais c'eſt ſe perdre & s'égarer que de raiſonner ainſi.

La Coutume qui refuſe la garde n'eſt point affranchie des dettes qu'elle doit ſupporter. Les héritiers qui en recueillent les biens, en doivent les dettes, conformément à la Coutume de la ſituation; mais le gardien eſt obligé d'affranchir ceux deſdits héritiers qui ſe trouvent en garde. Ainſi la Coutume qui refuſe la garde n'affranchit pas des dettes; mais c'eſt la Coutume qui défere la garde, qui en charge le gardien.

Pour bien réuſſir à prouver que le gardien, dans une Coutume qui lui défere la garde, ne doit payer les dettes que par contribution, il faudroit montrer que cette Coutume ne le charge des dettes que par contribution, & qu'elle veut vis-à-vis le gardien, ce qu'elle veut vis-à-vis les héritiers & vis-à-vis du droit commun qui s'obſerve entre eux.

On emploie les arguments de la proportion & de l'équité; mais dans les choſes poſitives, il n'y a de juſte que ce que les Loix veulent. Ainſi il faut faire voir qu'elles veulent plutôt l'un que l'autre.

Mais, dira-t-on, l'équité eſt dans la proportion même, c'eſt la proportion qui eſt équitable; mais ſur ce pied, combien de Coutumes injuſtes dans le Royaume? Y a-t-il de la proportion quand les meubles, entre co-héritiers, paient toutes les dettes mobiliaires? Y en a-t-il quand l'aîné ne paie pas les dettes pour ſon préciput & droit d'aîneſſe? Y en a-t-il quand l'héritier des meubles & acquêts eſt obligé d'acquitter les propres? Y en a-t-il quand un légataire, par un legs particulier, emporte la valeur des deux tiers d'une ſucceſſion, ſans payer un ſol de dettes? La proportion n'eſt donc juſte que quand la Loi le veut.

On fait un dilême: ou les rédacteurs ont regardé la garde

comme un Statut personnel, ou comme un Statut réel. Ce dilême est juste ; mais tranchons tout d'un coup : oui, la garde est réelle. Si cela est, dit-on, puisque la jouissance de tous les immeubles est réduite aux biens régis par la Coutume qui défere la garde, il faut donc aussi réduire les charges : c'est ce qui n'est pas conséquent ; car la Coutume n'accorde la jouissance que des immeubles de son territoire, & c'est dans cette position qu'elle assujettit le gardien à toutes les charges : c'est à lui à opter.

On répond à l'argument tiré de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, qui donne au survivant des conjoints communs, les meubles hors la ville & fauxbourgs en propriété, à la charge de payer les dettes mobiliaires ; & l'on dit que cette charge est attachée à la propriété des meubles ; mais que dans la garde elle est principalement attachée à la jouissance ; est-ce là une réponse ?

Premiérement, l'argument reste donc dans sa force pour les Coutumes qui donnent la propriété des meubles au gardien ; & dès lors tout le systême de la contribution est renversé.

2°. Si la Coutume peut attacher les dettes mobiliaires à la propriété de quelques meubles, pourquoi ne pourra-t-elle pas attacher la totalité des arrérages des rentes, & la totalité des nourritures à la jouissance de certains immeubles ?

La Coutume de Paris ne donne pas, en l'*art.* 238, les meubles hors la ville & fauxbourgs comme une quotité, & ce n'en est pas une : un legs d'une succession échue au testateur, dit Ricard en quelqu'endroit de son Traité des Donations, n'est pas un legs d'une quotité, & cependant la Coutume de Paris charge le survivant des conjoints, qui recueille cette portion de meubles, de toutes les dettes mobiliaires ; au lieu que les Coutumes qui donnent au gardien la jouissance de tous les immeubles, la donnent comme d'une quotité, & même d'une universalité : pourquoi ne pourroient-elles pas le charger de la totalité des arrérages des rentes & nourritures du mineur ?

On prétend que, par l'Arrêt de Bence du 7 Septembre 1695, la Cour adopta le parti de la contribution ; mais je vais faire voir, par l'Arrêt même, qu'elle se détermina par la réalité & disposition réelle des Coutumes. En voici l'espece.

Le ſieur Bence, Secrétaire du Roi, s'étoit marié à Paris avec ſtipularion de communauté & dérogation à toute autre Coutume. Il continua ſon domicile en cette Coutume de Paris pendant toute la durée de ſon mariage. Il acquit pendant ce temps, en Normandie, les terres du Breuil, de Criqueville, &c. & il acquit, en Poitou, les terres & Baronnies d'Oulmes, &c.

De ſon mariage, trois enfants, deux garçons & une fille.

La Dame Bence mourut la premiere. Ses enfants accepterent la ſucceſſion, & l'aîné des mâles demanda compte à ſon pere des biens maternels.

Dans ce compte, le pere ne coucha pas en recette les revenus des biens de Normandie, qu'il prétendit lui appartenir à titre de viduité, ni ceux de Poitou, qu'il prétendit à titre de puiſſance paternelle.

Les enfants conteſtoient cette prétention, & ſoutenoient que le domicile des pere & mere étant à Paris, où l'on ne reconnoît, ni ce droit de viduité, ni le droit de puiſſance paternelle, c'étoit cette Coutume qui devoit régir l'état des enfants & le ſort des conquêts.

Sentence du 21 Juin 1694 en faveur du pere; mais comme, à raiſon de ces jouiſſances, le pere étoit obligé de les nourrir & entretenir, & que ces jouiſſances pouvoient être auſſi longues que la vie de leur pere, la Sentence, en chargeant le pere deſdites nourritures & entretiens, jugea à propos de les liquider, & adjugea à chacun des trois enfants la ſomme de 1000 livres.

Sur l'appel de cette Sentence, elle fut, par l'Arrêt, confirmée en ce qui regardoit les jouiſſances adjugées au pere; & quant aux nourritures & entretiens, l'Arrêt adjugea 1500 livres à l'aîné, au lieu de 1000 livres, & à chacun des deux puînés, 500 livres ſeulement.

La Sentence, ni l'Arrêt ne diſent pas, comme il eſt porté dans quelques Mémoires, que les ſommes adjugées aux enfants fuſſent pour les deux tiers des nourritures & entretiens des enfants, par forme de contribution; mais ces nourritures & entretiens furent arbitrés en totalité ſur les ſommes adjugées.

Ainſi la Cour ne fit pas ſupporter partie des nourritures & entretiens par les biens de Paris; mais elle jugea que ces

nourritures & entretiens ne devoient pas excéder les sommes adjugées.

Suivant un manuscrit qu'on attribue à M. Braquet, célebre Consultant de son temps, il paroît qu'en 1702 cette même question s'étant élevée, M. Braquet, M. Dupré, & quelques autres célébres Avocats, estimoient que la totalité des nourritures devoit être supportée par le gardien; que M. de Riparfons s'étoit élevé contre cette opinion, & se fondoit, entr'autres choses, sur l'Arrêt de Bence, qui (porte le munuscrit) condamne le sieur Bence à payer les deux tiers des nourritures.

M. Froland, dans ses Mémoires sur les Statuts, *tom.* 1, *pag.* 464, nous a donné le prononcé de cet Arrêt, & il n'y est nullement parlé que les sommes adjugées pour nourritures aux enfants, fussent pour les deux tiers. Ces sommes sont adjugées comme suffisantes pour lesdites nourritures & entretiens.

Il peut se faire que la Cour ayant consideré que les enfants jouissoient d'ailleurs des autres biens de leur mere, se soit portée à ne donner que ce qui étoit strictement nécessaire pour lesdites nourritures, ce qui est conforme à l'*art.* 384 de la Coutume de Normandie; mais elle n'a pas accordé ces sommes par forme de contribution, ce qu'elle n'auroit pas manqué de faire, si elle avoit jugé la question en elle-même, & voulu en déterminer la décision.

Cet Arrêt, mal rapporté, formoit un embarras dans la contestation, dont il n'étoit pas aisé de se tirer; mais étant rétabli dans ses termes & dans son esprit, toute difficulté est levée.

Disons donc que la Cour, dans l'espece de l'Arrêt de Bence, a ordonné le paiement des nourritures & entretiens, non pas par forme de contribution, puisque l'Arrêt n'en dit pas un mot, non pas comme dettes mobiliaires & personnelles procédantes du chef de la mere défunte : car de ce chef, c'étoit une dette de nature pure, qui a cessé par sa mort; mais la Cour a ordonné ce paiement de nourritures & entretiens, comme charges réelles & attachées aux biens, & qu'il faut payer indéfiniment, quand la Loi de la situation l'exige. C'est l'attouchement des biens en qualité de gardien, qui, dans ces Coutumes, l'assujettit au paiement de cette charge.

Ainſi, quant aux héritiers, on a raiſon de diſtinguer entre les charges mobiliaires & perſonnelles, & les charges réelles. Les premieres ſe reglent par la Loi du domicile du défunt; les ſecondes ſe reglent par la Loi de la ſituation.

Mais vis-à-vis le gardien, toutes les dettes dont il eſt chargé, lui tiennent lieu de dettes réelles : ſi la Loi lui défere les meubles, pour lors les dettes perſonnelles mobiliaires ſont la charge réelle des meubles; ſi elle ne lui défere que des immeubles, les dettes qu'il eſt tenu d'acquitter ſont la charge réelle de ces immeubles. Chacune de ces Coutumes prononce une condamnation que l'on peut dire ſolidaire & totale contre le gardien, en ſorte que, ſans égard aux autres Coutumes, le gardien qui jouit des immeubles dans une Coutume, eſt par cette Coutume même condamné à la totalité des arrérages des dettes annuelles, & des nourritures & entretiens de ceux qui ſont en garde.

Il ne faut donc pas conſidérer s'il y a des biens répandus dans différentes Coutumes; ſi de ces différentes Coutumes il y en a qui n'admettent pas la garde, il ſuffit qu'il y en ait une ſeule qui y oblige indéfiniment pour que le gardien ſoit tenu de la totalité, parce que la Loi en diſpoſe ainſi.

Si donc un gardien, Bourgeois de Paris, jouit en Berry des immeubles du mineur, qu'il en jouiſſe encore à Paris, il ſera tenu, à raiſon de la diſpoſition de la Coutume de Paris, généralement de tous les arrérages des dettes annuelles, parce qu'encore qu'en Berry le gardien Bourgeois ne ſoit tenu que juſqu'à concurrence des fruits, & non plus avant, néanmoins il jouit à Paris, qui l'y oblige indéfiniment.

Ainſi quand nous liſons dans Auzanet, que, ſuivant un Arrêt du 18 Avril 1622, il a été jugé que les charges & conditions auxquelles la garde eſt déférée, ſe conſiderent ſuivant la diſpoſition de la Coutume en laquelle le pere avoit ſon domicile au temps de l'ouverture, cela ne peut s'entendre, quant aux charges, que des dettes mobiliaires & perſonnelles que le gardien eſt tenu de payer, comme charges réelles des meubles; car pour les autres dettes perſonnelles immobiliaires, tout le monde convient qu'elles ſont la charge des immeubles, & il ſuffit qu'une ſeule des Coutumes admettant la garde, y aſſujettiſſe indiſtinctement, pour que le gardien en ſoit tenu en totalité.

Telle est la Loi ancienne de la garde. M. Jean Desmarcs, Avocat du Roi au Parlement, sous les Rois Charles V & Charles VI, dit en sa Décision 360 : *Se aucun pere ou mere a aucuns enfants desquels il ha la garde, gouvernement & administration, il est, & doit être tenu de répondre de tout ce que auxdits enfants l'on pourroit demander, ou en quoi ils pourroient être tenus.*

Suivant cette premiere autorité, que les dettes entre héritiers se contribuent, si l'on veut, il est certain que la portion dont celui qui est en garde est tenu à cause de la succession qui a donné ouverture à la garde, est la dette du mineur, qu'on peut la lui demander, & suivant Desmares, le gardien est tenu de l'en acquitter. Aussi le même Auteur, en l'*art.* 100 des Coutumes notoires, dit que le gardien est tenu d'acquitter & rendre quitte le mineur de toutes dettes & obligations.

C'est de-là qu'est venu la formule observée par Bouthillier, en sa *Somme Rurale, tit.* 93, suivant laquelle le gardien, en rendant les biens aux mineurs, devoit dire, je m'en décharge, & les livre sans dettes.

De-là encore s'est formé la maxime, qui *garde prend, quitte le rend.*

On peut remonter même jusques aux anciennes Coutumes de Beauvoisis, *chap.* 15, où la maxime y est consacrée.

Si convient que quand le premier des enfants sera aagié, que il (le gardien) *lui rende che que il aroit tenu en bail, quitte, & delivré sans dette nulle.*

C'est l'avis de Marqueraie, en ses Notes sur l'*art.* 85 de la Coutume d'Anjou, que l'on a insérées avec celles de Dupineau. » S'il y avoit des biens, dit-il, en divers endroits, » en chacun desquels le bail n'eût lieu, pour être le domicile » en lieu où droit de bail a lieu ; le bail n'est pas bien fondé » pour cela à prendre les fruits où le droit de bail n'a pas » lieu, & néanmoins le bail est tenu faire toutes les charges » du bail sans aucune diminution pour les choses dont il ne » prend pas les fruits. »

Les deux Notes de Me Ch. du Molin, ci-dessus alléguées, n'ont pas toute l'autorité que méritent les autres Ouvrages de ce grand homme. Ce sont des Notes posthumes qu'il avoit jettées sur le papier pour les revoir & les digérer ; aussi sont-elles presque toutes obscures, embarrassées & imparfaites, &

M.

M. Raſſicod, notre Confrere, qui poſſedoit aſſurément ſon du Molin, m'a aſſuré pluſieurs fois qu'il n'étoit pas même certain que ces Notes fuſſent de lui.

On obſervera de plus, quant à la premiere Note, que Me Ch. du Molin n'avoit pas encore pris un parti déterminé; puiſqu'il finit ſa Note par ces mots : *Sed tamen videbitur infrà, art.* 116, où il ne dit rien de la queſtion.

D'ailleurs que dit Me Ch. du Molin dans cette premiere Note ? Il décide, non pas que le gardien ne doit payer les dettes que par contribution, mais qu'il ne doit les payer que juſqu'à concurrence des biens, quand il a fait inventaire, & qu'il pourroit être tenu de toutes leſdites dettes ſans contribution, & ne les devoir que juſqu'à concurrence du produit.

Quant à la ſeconde Note de Me Ch. du Molin, elle paroît plus préciſe, & effectivement on peut dire qu'il a penché pour la contribution ; mais comme cette Note eſt à la ſuite de la premiere, le *videbitur infrà, art.* 116, milite ſur l'une comme ſur l'autre.

L'autorité ci-deſſus oppoſée, & tirée du nouveau Traité des Minorités, n'eſt pas bien déciſive : l'Auteur emploie le terme, *il ſemble*, qui marque un eſprit flottant, & qui n'eſt pas abſolument fixé. D'ailleurs il ſe détermine ſur la queſtion générale par la diſpoſition particuliere de la Coutume de Normandie, qui, admettant la garde ſeigneuriale, & la donnant à chacun des Seigneurs pour les fiefs ſeulement qui ſont tenus d'eux immédiatement, veut que ſi les tuteurs mettent tous les héritages & biens des mineurs entre les mains deſdits Seigneurs, chacun d'eux ſoit tenu de contribuer pour ſa quote-part, & cette déciſion n'a aucune reſſemblance avec celle que nous agitons préſentement.

Mais ſi le gardien n'étoit tenu que ſuivant la contribution, il s'enſuivroit que dans les Coutumes, qui ne mettent en garde que les fiefs, il faudroit contribuer avec les rotures, ſur-tout lorſqu'ils ſeroient ſitués dans la même Coutume. Cependant nous avons pluſieurs Coutumes qui, en ne donnant au gardien que la jouiſſance des fiefs, l'aſſujettiſſent au paiement de toutes les dettes mobiliaires & perſonnelles, arrérages de rentes, entretien & nourriture du mineur. Telles ſont les Coutumes d'Amiens, *art.* 130 ; Melun, *art.* 287 ; &

Péronne, *art.* 223 & 224, & cela est conforme aux anciennes Coutumes de Beauvoisis, *ch.* 15. Voici l'espece.

» Pierre tenoit un enfant en bailg, & étoit le fiez si petit, » qu'il n'étoit pas convenable au vivre, ne à la vesture des » enfants. Li enfants avoient hiretages vilains desquiex Pierre » avoit l'administration, comme garde pour les enfants, si » vouloit Pierre peure de ces vilenages pour les enfants, main » burnir de che que il leur failloit, par-dessus che que li fief » valloit, & li a mis as enfants ne le voudront souffrir, » ainchois, requerent au conte que Pierre fit bonne sûreté de » rendre as enfants, quand ils seroient aagiés, toutes les » dissues de leurs terres, vilenages, & que ledit Pierre feust » contraints à pestre, & à vêtir les enfants comme chil qui » avoit pris le bail, & que il encore ne peust renoncier au » bail, puisqu'il y étoit entré, & seur ce se mistrent en droit.

» Il fût jugiés que puisque Pierre étoit entré ou bail com- » bien que il va ussit poi, il devoit les enfants main burnir, » & rendre quittes, quand ils seroient aagiés, & faire sauver » toutes les despeüilles de leurs vilenages par bonne seureté, » & par che lui jugement poes vous sçavoir qu'il y a grand » peril en peure bail, &c.

Enfin nous citerons pour ce dernier parti, la soixantieme Consultation, étant au *tom.* 2 des Œuvres de Duplessis, *p.* 383. On sait que les questions mises ainsi en forme de Consultations, & insérées dans les Œuvres de Duplessis, sont celles qui furent proposées dans les Conférences qui se tenoient à la Bibliotheque des Avocats, où l'un de MM. les Gens du Roi, & grand nombre de Confreres se trouvoient.

La rédaction de ces Questions se faisoit en rapportant les différents avis, & en marquant celui qui avoit prédominé, & apparemment qu'il n'y en eût aucun différent, puisque le Rédacteur n'en dit rien.

On voit donc que de tout temps la charge d'acquitter les dettes par le gardien, a été l'appanage de la garde, savoir les dettes mobiliaires & personnelles, en principaux & intérêts; & quant aux dettes immobiliaires annuelles, en arrérages seulement, & cela indéfiniment, & sans contribution, & j'avouerai que je le pense ainsi.

Cependant la question vient d'en être jugée autrement

dans une Commiſſion du Conſeil, par Arrêt du 4 Janvier 1746, par MM. Cochin, Huart & Gillet, anciens Avocats au Parlement, nommés Commiſſaires par Arrêt du Conſeil. En voici l'eſpece.

M. Abraham Peireyne de Moras décéda le 20 Novembre 1732, délaiſſant la Dame Fargès, ſon épouſe, & trois enfants. L'aîné mâle âgé de quatorze ans, un puîné âgé de dix, & une fille âgée de huit.

Le mobilier de la ſucceſſion montoit à plus de ſeize cents mille livres.

Parmi les biens de M. de Moras, il y en avoit qui n'étoient pas ſujets à la garde; mais les revenus de ceux qui tomboient en garde montoient à près de deux cents mille livres par an.

Madame de Moras accepta la garde-noble de ſes enfants. Elle décéda le 12 Février 1738, ayant exhérédé ſa fille, exhérédation confirmée par Arrêt. Il fut néceſſaire de procéder au partage de la ſucceſſion de M. de Moras, entre ſes trois enfants.

Les deux enfants mâles prétendirent, contre leur ſœur, que les dettes mobiliaires & perſonnelles, & les arrérages des rentes annuelles, nourritures & entretiens, devoient ſe contribuer ſur tous les biens, même ſur ceux non ſujets à la garde, de ſorte que la Demoiſelle de Moras devoit ſupporter ſa part & portion des dettes, & de ſes propres nourritures, à raiſon des biens non ſujets à la garde.

Leurs moyens étoient que la ſucceſſion du pere étoit ouverte à Paris, où étoit ſon domicile, qui, ſuivant l'*art.* 334, admet la contribution. Cet *art.* ſervoit d'interprétation à l'*art.* 267 de cette même Coutume.

La Demoiſelle de Moras prétendit au contraire que ces dettes & nourritures étoient toutes à la charge de la ſucceſſion de ſa mere; que l'*art.* 267 y étoit précis, & que l'*art.* 334 avoit lieu entre héritiers, & copartageants ſeulement.

Jugé par l'Arrêt pour la contribution. M. Sarrazin, Avocat de la Demoiſelle Moras, compoſa pour elle un ample Mémoire. Je n'ai pas vu le Mémoire contraire; mais les moyens de MM. de Moras étoient rappellés dans celui de la Demoiſelle.

Quelque conſidération que méritent les Commiſſaires qui ont décidé cette queſtion, auſſi-bien que les Conſultants qui

furent de cet avis, MM. Barjeton, Rousseau, l'Herminier, Périnelle & de Lambon, elle est assez difficile & assez importante pour demander encore quelques autres Jugements semblables, & jusques-là il me sera permis d'embrasser le parti opposé.

Si l'on adopte mon systême, il faudra dire que, si le gardien jouit des biens situés dans une Coutume où la garde finit à dix-huit ans, & qu'il jouisse encore d'autres biens situés en Coutumes où elle ne finit qu'à vingt, ce gardien ne laissera pas de payer toutes les dettes annuelles, tant que la garde subsistera dans quelque Coutume, si une seule de ces Coutumes l'y assujettit.

Extrait des Registres des Commissions extraordinaires du Conseil.

» Nous Commissaires susdits, en vertu du pouvoir à nous » donné par Sa Majesté, ayant aucunement égard à la Requête » dudit François-Marie Peireyne de Moras, & dudit Georges-» Joseph-François de la Barre, au nom de Tuteur dudit » Alexandre-Louis Peireyne de Saint-Priest, du 29 Décembre » 1745, ordonnons que toutes les charges de la garde-noble » que ledit Marie-Anne-Joseph Fargès a eues de ses enfants, » tant pour le paiement des dettes mobiliaires, que pour arré-» rages de rentes, nourritures & entretiens des mineurs, demeu-» reront fixés & déterminés à la portion qu'en ont dû supporter » par la contribution de Coutume à Coutume, les biens régis » par les Coutumes qui déferent la garde, sans que la succession » de la Demoiselle Marie-Anne Fargès soit tenue, à cause de » sa garde-noble, de la portion qu'en ont dû supporter par » ladite contribution, les biens régis par des Coutumes, ou » situés dans des pays qui ne donnent point la garde; laquelle » contribution de Coutume à Coutume sera faite, eu égard à » la valeur du fonds des biens. Déboutons lesdits François-Marie » Peireyne de Moras, & ledit Georges-Joseph-François de la » Barre, en sadite qualité de tuteur, de leur demande à ce » que la succession de la Demoiselle Marie-Anne-Joseph Fargès » soit déchargée, à cause de sa garde-noble, des sommes dues » à la mort dudit Abraham Peireyne de Moras, pour raison » d'acquisition d'immeubles, & pour celle de cent trente-six

» mille livres qui étoit due au ſieur Peireyne de Saint-Cyr ; » en conſéquence ordonnons que leſdites ſommes entreront » comme dettes mobiliaires dans la contribution ci deſſus or- » donnée, & que tous les articles du compte dont il s'agit, » tant en recette que dépenſe, concernant leſdites dettes mo- » biliaires, arrérages des rentes, nourriture & entretien des » mineurs, prix d'acquiſitions d'immeubles, & ladite ſomme de » 136000 livres, ſeront réformées, conformément à notre pré- » ſent Jugement. Fait en notre Aſſemblée à Paris, ce 4 Janvier 1746. *Signé*, FILLEUL.

TITRE TROISIEME.

Des conventions par leſquelles on prévient la diverſité des Loix, dans le cas où les perſonnes ne changent pas leur domicile.

CHAPITRE PREMIER.

Des Statuts perſonnels.

SOMMAIRE.

I. *Si une femme dont le mari eſt domicilié dans un lieu où l'on uſe du droit commun, ſera obligée à la dette de ſon mari, contractée dans un lieu où, par la Loi, la femme eſt obligée à tous les engagements de ſon mari.*

II. *Si par rapport aux Statuts perſonnels, il y a lieu de prévenir, par des conventions, la diverſité des Loix.*

III. *La Loi d'un certain lieu porte, que tout mari qui contractera dans l'étendue de ce lieu, quoiqu'il n'y ſoit pas domicilié, obligera ſa femme; cette Loi doit-elle avoir ſon exécution?*

NOUS avons juſqu'à préſent traité de la diverſité des Loix, tant dans le cas où l'on continue le même domicile, que dans celui où on le change. Préſentement notre deſſein eſt de dire quelque choſe des conventions que l'on peut inſérer dans les contrats de mariage, pour obvier à cette diverſité, & cet objet mérite une diſcuſſion particuliere; car quiconque fera bien réflexion que cette variété de Loix, qui ſe rencontre preſque dans chaque ville, eſt la

ſource de mille conteſtations, où il ne s'agit pas ſeulement d'un droit de glandée, ni de faire retirer la gouttiere de notre voiſin, qui ſe décharge ſur notre héritage, mais ordinairement de toute une ſucceſſion, ne pourra s'empêcher de ſouhaiter ardemment de connoître par quel moyen on prévient, dans un contrat de mariage, tant de conteſtations.

Nous avons dit que toutes ces conteſtations doivent ſe ranger ſous deux claſſes. La premiere eſt de celles qui peuvent s'élever, encore qu'il n'y ait pas de changement de domicile. La ſeconde eſt de celles qui peuvent naître dans le cas où il y a un changement de domicile.

Nous traiterons d'abord les queſtions de la premiere claſſe, & nous obſerverons le même ordre que nous avons obſervé ci-devant; c'eſt-à-dire, que nous parlerons en premier lieu des Statuts perſonnels, & enſuite des Statuts réels. Nous avons dit que l'on appelloit un Statut perſonnel, celui qui regle & détermine l'état d'une perſonne; comme, par exemple, le Statut qui met la femme ſous la puiſſance de ſon mari, celui qui fixe la majorité à 20 ans accomplis, & pluſieurs autres que nous avons cités.

Que dirons-nous donc ſi une femme, en puiſſance de mari, contracte ou aliene dans un endroit où la puiſſance maritale n'a pas lieu? ou ſi un mineur, n'ayant que 20 ans, contracte dans un endroit où l'on eſt majeur à 20 ans? Cette variété de Loix rendra-t-elle la femme, & le mineur habiles d'inhabiles qu'ils ſont? Et ſi vous n'oſez pas répondre l'affirmative, c'eſt en vain que vous demanderez, ſi par des conventions on peut prévenir cette veriété, qui n'opere aucun effet.

Nous avons dit, au Titre précédent, que l'état & la condition des perſonnes, & tout ce qui pouvoit dépendre de cet état & de cette condition, ſe régloient par la Loi du domicile; de maniere qu'une femme qui, ſuivant cette Loi, étoit en puiſſance de mari, ne pouvoit, par-tout ailleurs, ſe ſouſtraire à l'autorité maritale; & que celui qui étoit mineur dans le lieu de ſon domicile, étoit mineur par-tout, & qu'il falloit raiſonner des cas contraires par les mêmes principes; de maniere (& tel eſt l'effet de ces principes) que la femme & le mineur qui, dans le lieu de leur domicile, ne ſauroient contracter, ſavoir, la femme ſans l'autorité de ſon mari, & le mineur ſans l'autorité de ſon tuteur, ne pourront contrac-

ter ſans cette autorité, en quelques endroits qu'ils puiſſent ſe tranſporter.

Il faut ici parler d'un cas particulier, dont nous n'avons rien dit ci-devant. Un mari demeure dans un lieu où le droit de puiſſance maritale ne s'étend pas juſqu'à obliger ſa femme quand il s'oblige lui-même. Ce mari vient contracter dans un lieu où les femmes ſont obligées de droit à toutes les dettes de leurs maris. La femme pourra-t-elle être pourſuivie perſonnellement pour ces ſortes de dettes ? & ſi par haſard elle a, dans cet endroit, des effets mobiliers, pourront-ils être ſaiſis & arrêtés ?

Comme nous avons dit ci-devant que le pouvoir qu'avoit le mari d'obliger ſa femme, étoit une ſuite de la puiſſance maritale, & que cette puiſſance devoit ſe régler par la Loi du domicile, il faut conſéquemment décider que la femme, dans cette eſpece, n'eſt pas obligée : & Mævius, *ad jus Lub. Quæſt. præl.* 4, *n.* 20 ; & *de arreſtis. cap.* 9, *n.* 19, aſſure que cela a été ainſi jugé.

Mais pour nous renfermer dans ce que nous nous ſommes propoſé dans ce Chapitre, puiſque l'état de la perſonne n'eſt pas ſoumis à toute cette variété de Loix ; que c'eſt toujours la Loi du domicile qui regle cet état ; & que, quant à préſent, nous n'enviſageons que le cas où il n'y a pas de changement de domicile, il ne paroît pas qu'il ſoit néceſſaire de ſe beaucoup fatiguer pour ſavoir comment, & par quelle convention on peut prévenir cette variété de Loix ; car quelque convention qu'on ait pu imaginer pour fixer à la perſonne un même état, cette convention n'aura plus de trait à la diverſité des Statuts ; mais elle dépendra de la Loi du lieu où doit ſe diſcuter la validité des conventions, par leſquelles on aura voulu déroger à la condition des perſonnes & aux effets qui en ſuivent ; comme ſi l'on demandoit (& ceci concerne notre ſujet) s'il eſt permis, & comment on peut s'y prendre pour ſouſtraire les femmes, par des conventions matrimoniales, à l'autorité de leurs maris, ou pour borner cette autorité, & c'eſt ce que nous aurons à examiner, lorſque nous acheverons de diſcuter la nature & les effets de la puiſſance maritale ; & nous finirions même ici notre Chapitre, ſi Mævius, *D. cap.* 4, *n.* 21, n'avoit pas propoſé l'eſpece ſuivante, ſur laquelle il a fort inſiſté, qui eſt de ſavoir ſi une Loi pouvoit valablement

valablement ordonner qu'un mari non domicilié dans l'étendue de la Loi, mais qui y contracteroit, obligeroit aussi sa femme; car si nous soutenons l'affirmative, voilà aussi-tôt une matiere à dispute qui dépend de ce Chapitre, c'est à savoir, si par quelque convention on peut prévenir cette diversité de Loix; mais Mævius a eu raison de nier que l'autorité d'un Législateur soit telle, qu'elle puisse engager une femme qui ne contracte pas dans l'étendue de sa domination : car dès-lors ce seroit imposer des Loix à des personnes qui ne sont pas ses sujets & ses justiciables; mais à l'égard du mari, dès qu'il contracte dans un lieu, il est présumé se soumettre aux Loix de ce lieu-là même.

OBSERVATION XL.

RODENBURGH, dans les Chapitres précédents, a traité de la diverſité des Statuts, tant perſonnels que réels, & de leurs effets, ſoit dans le cas du changement de domicile, ſoit dans le cas où on n'en change pas.

Son plan eſt préſentement d'examiner ſi, par quelques conventions, on peut obvier à cette variété de Loix; & il commence, en ce Chapitre, par diſcuter ſi on le peut par rapport aux Loix perſonnelles, dans le cas où il n'y a pas de changement de domicile.

Comme juſqu'à préſent il a prouvé parfaitement que l'état & la condition de la perſonne ne dépendent que de la Loi du domicile, il en tire une conſéquence très-juſte, qui eſt que l'état de la perſonne n'eſt ſujet à aucune variété de Loix, dès que la perſonne continue le même domicile; qu'ainſi il eſt aſſez indifférent qu'on ait, ou qu'on n'ait pas prévenu cette variété par aucune convention.

Qu'importe donc, ſelon notre Auteur, qu'un homme qui eſt âgé de vingt ans, & mineur dans le lieu de ſon domicile, contracte dans un lieu où l'on eſt majeur à vingt ans? Qu'importe qu'une femme en puiſſance de mari, par la Loi de ſon domicile, contracte dans un lieu où la femme peut vendre, aliéner & diſpoſer de ſes biens, ſans l'autorité de ſon mari? c'eſt la ſeule Loi du domicile qui décide de l'état de la perſonne, enſorte que n'y ayant toujours que le même domicile, il eſt inutile de demander ſi, dans ce cas, l'on peut prévenir la variété des Loix perſonnelles par quelques conventions.

Il agite néanmoins la queſtion ſuivante. Un mari domicilié & marié dans un lieu où la puiſſance maritale ne produit que les effets ordinaires, & de droit commun, vient contracter dans un endroit où le mari, en s'obligeant, oblige ſa femme & ſes biens; il demande ſi la femme ſera tenue de l'engagement contracté par ſon mari, & ſi ſes biens en ſeront chargés;

& il répond pour la négative, par la raiſon que ſi, dans le lieu du contrat, la femme eſt tenue de l'obligation de ſon mari, ce n'eſt qu'autant qu'elle y eſt domiciliée, & que la Loi du domicile l'y aſſujettit, à raiſon de la puiſſance maritale; ce qui ne ſauroit avoir lieu contre une femme domiciliée ailleurs, & où l'autorité maritale ne produit pas le même effet, & c'eſt cette Loi du domicile qu'il faut conſulter, & non celle du contrat.

C'eſt ainſi que Mævius, *ad jus Lubecenſe, quæſt.* 4, *prel. n.* 17, 18, *&c.* décide cette queſtion. Il diſtingue *actuum & contractuum ſolemnia, necnon effectus ab ipſis cauſatos cum eorum onere, & accidenti extrinſeco, quod contractus ſubſequitur, ſed non ex ipſis contractibus eſt; .... in his enim, quia non ſpectant ad formam modumque contrahendi, contractum autem extrinſecus ſubſequuntur, non ſectamur ſtatuta loci contractûs.* De-là il conclut que la femme n'étant, dans le lieu du contrat, tenue de l'obligation de ſon mari, qu'à cauſe de la puiſſance maritale, c'étoit à la Loi qui régloit cette puiſſance qu'il falloit avoir recours.

Hertius, *n.* 60, *de colliſione Legum*, traite la même queſtion. Il rapporte l'avis de Mævius, & l'adopte. *Negatum hoc rectiſſimè apud Mævium, quoniam illius modi obligatio ex ſocietate conjugali naſcitur, quam dùm uxor contrahentis domi non probavit, per maritum conditio ejus iniqua fieri non potuit;* & cela par la raiſon de Mævius, qui eſt que l'obligation de la femme n'eſt qu'un pur accident qui ne naît pas de la nature du contrat en lui-même. *Non reſultat per ſe ex contractu, ſed extrinſecus accidit.* Voyez l'*Obſerv.* 46.

Encore qu'il ſoit inutile, lorſqu'il n'y a pas de changement de domicile, d'agiter ſi, par des conventions, l'on peut prévenir la variété des Loix, quant à l'état de la perſonne, cependant il ne me paroît pas hors de propos de demander ſi l'homme pourroit, par quelques conventions, changer, ou même ſimplement déroger à l'état & à la condition qu'il a par la Loi de ſon domicile.

Par exemple, pourroit-on ſtipuler par contrat de mariage, qu'un mineur de vingt-cinq ans, domicilié à Paris, pourroit faire tous les actes d'un majeur, vendre, aliéner, diſpoſer de ſes fonds? J'eſtime que cette clauſe, ainſi généralement conçue,

seroit vicieuse, & que le mineur qui ne cesseroit pas pour cela d'être mineur, n'en seroit pas plus en droit de faire toutes les aliénations en question, par la raison que l'homme ne sauroit donner atteinte, & se soustraire aux Loix publiques.

Mais ne pourroit-on pas du moins déroger par convention à l'état d'une personne, pour quelque acte particulier seulement, convenir, par exemple, dans une donation, que le mineur pourroit aliéner l'héritage donné? Une pareille convention ne change pas l'état de la personne; le mineur est toujours mineur. Il n'est pas assimilé au majeur. La convention ne se porte que vers un effet particulier, & c'est une condition apposée dans la donation, par celui même qui donne, & qui semble pouvoir imposer telles conditions qu'il juge à propos à sa libéralité.

Si on consulte les Loix Romaines, nous trouverons qu'un peré, ou un testateur, qui donnoit à un mineur, *fundum rusticum, vel suburbanum*, pouvoit lui permettre de le vendre sans aucune formalité; c'est la disposition de la Loi 3, au C. *Quando decreto opus non est, prædium rusticum, vel suburbanum à minore viginti quinque annis alenari sine decreto præsidis, nisi parentis voluntas, vel testatoris ex cujus bonis ad minorem pervenit super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nullâ ratione potest.*

Mais j'observerai que cette Loi n'est pas suivie parmi nous. Nous nous en tenons sur cela aux principes généraux. Voyez *M. Louet, Lett. A. Somm.* 5; & *Mornac, ff. lib.* 8, *tit.* 4, *l. penult.* où, après avoir observé que Tiraqueau s'étoit déterminé pour la Loi *Prædium*, il ajoute que la Cour n'eût pas d'égard à cet avis, par Arrêt du 20 Août 1588; *solemnia enim adhibenda esse censuit.* Ainsi l'on peut vendre, mais avec les solemnités requises; & c'est ainsi, dit Mornac, que nous pratiquons cette Loi, *eoque jure servamus Legem.*

Par la même raison, ce seroit en vain que par un contrat de mariage on conviendroit qu'une femme mariée à Paris, qui y demeure avec son mari, & en communauté avec lui, pourroit vendre, aliéner, & contracter sans son autorisation, la femme n'en seroit pas moins dépendante,

ni moins aſſujettie à cette formalité eſſentielle, & habilitante.

C'eſt pourquoi les autoriſations particulieres & ſpéciales, pour toutes & chacunes les ventes que la femme veut faire de ſon bien, me paroiſſent indiſpenſables. Je rejette les autoriſations générales, comme dérogeant trop au droit public, & plaçant la femme dans un état d'indépendance, contraire à la Loi de ſon domicile. M. le Camus, Lieutenant-Civil, en a délivré ſon acte de notoriété, le 30 Juillet 1688.

J'en excepte néanmoins les autoriſations qui ne tendroient qu'à une ſimple adminiſtration; elles peuvent être données pour le ſoulagement même du mari. C'eſt un arrangement de famille dans ce cas particulier.

J'ai vu propoſer cette queſtion. Un frere avoit fait un legs à une de ſes ſœurs mariée, d'une rente viagere, à condition que ce ſeroit elle ſeule qui, en vertu de l'autoriſation générale que ſon mari lui donneroit, ou que Juſtice lui donneroit, en cas de ſon refus, recevroit ledit legs, en donneroit toutes quittances & décharges néceſſaires, pour en diſpoſer comme de choſe à elle appartenante, ſans que ſon mari pût lui en demander aucun compte.

La queſtion étoit, ſi ce legs auroit ſon exécution contre le gré de ſon mari, & j'eſtime qu'il n'y a dans cette diſpoſition rien contre les bonnes mœurs, ni contre le Droit public. La femme eſt autoriſée, ou par ſon mari, ou par la Juſtice, pour recevoir un ſimple revenu. Elle ne l'eſt que pour une choſe particuliere, qui ne la ſouſtrait pas de la dépendance de ſon état. J'eſtimerois néanmoins que le mari pourroit ſe plaindre par la ſuite, & pourroit révoquer ſon autoriſation, ſi cela cauſoit un dérangement dans les mœurs de ſa femme.

Mais une femme, ſéparée de corps & de biens, ou ſéparée de biens ſimplement, pourroit-elle être autoriſée d'une autoriſation générale & indéfinie, pour quelques aliénations que ce puiſſe être?

Je ſais que ſur cette queſtion, il y a avis pour & contre; mais quant à moi, je ſerois pour la négative, par la raiſon que ces autoriſations dérogent trop à la dépendance de la femme.

Il eſt vrai qu'on me repliquera, que la femme autoriſée

d'une autorisation générale, n'agit réellement que comme autorisée. Chaque acte qu'elle fait en cette qualité marque sa dépendance. Cependant si cette qualité annonce la dépendance originaire de la femme, elle la place dans une indépendance actuelle qui répugne à son état. D'ailleurs dans les pays Coutumiers, où les avantages entre mari & femme sont à craindre, ces sortes d'autorisations ne peuvent engendrer que des contestations. Rendra-t-on le mari responsable du prix des aliénations que sa femme aura faites? Il n'en a rien su, & même n'en a pas reçu les deniers; ne le rendra-t-on pas responsable? Tous les maris, du moins ceux non communs, vont autoriser leurs femmes d'une autorisation générale, & s'approprieront le prix de leurs biens. Renfermons-nous donc dans des autorisations particulieres qui conservent les regles, & qui n'ont point de suites si litigieuses. Voyez *Journ. des Aud. tom. 6, liv. 2, ch. 27.*

Mais si on ne peut pas donner, par convention, à une personne, un état personnel & public, que ne lui donne pas la Loi, pourroit-on, par convention, diminuer le pouvoir que son état lui donne?

Par exemple, dans les pays de Droit écrit, où l'état de la femme est d'être indépendante de la puissance maritale, quant à ses paraphernaux, & où elle peut les vendre sans le consentement de son mari, pourroit-on stipuler par contrat de mariage qu'elle n'en pourroit disposer par vente, ou autre sorte d'aliénation, sans son consentement? J'estimerois l'affirmative véritable, par la raison que cette convention ne fait que gêner & restreindre le pouvoir de la femme, & que chacun est le maître de se lier, quant à l'usage & la disposition de ses biens, sur-tout par contrat de mariage.

Mais si cette femme, nonobstant la convention, avoit fait quelque aliénation sans ce consentement, l'acte seroit-il nul? le mari ou la femme pourroient-ils se plaindre, supposé que la cause n'ait pas été rendue publique, & duement insinuée? car si elle l'a été, il n'y a pas de doute que la vente est nulle. Mais si elle ne l'a pas été, j'estime encore la nullité, parce que l'acquéreur n'a pu connoître que le bien étoit paraphernal, que par la lecture du contrat de mariage.

Il n'en seroit pas de même de l'interdiction d'un majeur. Elle doit être rendue notoire, & signifiée dans les Etudes

des Notaires du domicile de l'interdit, pour opérer ſon effet, parce qu'elle ne peut être connue que par cette voie.

Notre Auteur ajoute à la fin, qu'une perſonne qui contracte dans un lieu, eſt préſumée ſe ſoumettre aux Loix de ce lieu; mais cette maxime mérite une Diſſertation particuliere, que l'on trouvera ci-après. *Obſerv.* 46.

CHAPITRE II.

Des conventions par lesquelles on prévoit, & prévient la contrariété des Loix, que les Statuts purement réels peuvent faire naître entre des Parties, pour le cas où elles ne changent pas leur domicile.

SOMMAIRE.

I. *De l'effet, chez les Hollandois, d'une convention écrite dans un contrat de mariage, par laquelle il est dit que les biens du dernier des enfants, retourneront au côté d'où ils viennent, à l'exclusion du survivant des pere & mere.*

II. *De l'effet de cette même convention parmi nous.*

III. *Les conjoints peuvent-ils déroger à cette convention pendant le mariage ?*

IV. *Le pere a-t-il droit de demander, de son chef, la distraction de la légitime ou de la trébellianique ?*

V. *Le peut-il du chef de ses enfants, comme un droit qui lui auroit été transmis ?*

VI. *Un fils ayant institué pour ses héritiers ceux qui doivent l'être de droit, quels héritiers seront appellés, ou ceux qui doivent l'être par la disposition de la Loi, ou ceux qui y sont appellés par les conventions matrimoniales de ses pere & mere ?*

LES Loix qui concernent la maniere de succéder *ab intestat*, nous ont servi d'exemple pour faire entendre ce que c'est que les Statuts purement réels ; & nous avons dit que lorsqu'il s'agissoit de partager des immeubles, il falloit suivre la Loi de la situation des biens, & qu'il falloit suivre celle du domicile, quand il étoit question du partage des meubles. Voyons présentement comment il faut en user quand les Parties se sont arrangées d'une autre maniere par leurs contrats de mariage. Parmi nous, il n'y a qu'une maniere uniforme dans toute la Province, de succéder *ab intestat* ;

au

au lieu que dans la Hollande il y en a preſque toujours deux : dans certains endroits, on ſuccede par le droit de l'Echevinage, & dans d'autres, par le droit appellé *jus Aſingicum* ; en telle ſorte, qu'une ſeule & même hérédité eſt la plupart du temps régie par l'un & l'autre droit, & cela ne paroîtra pas ſi abſurde, ſi l'on fait attention à ce qui ſe pratique aujourd'hui ; car nous eſtimons que toute la ſucceſſion d'un homme compoſe autant d'hérédités différentes, qu'il y a de biens répandus dans différents endroits, ſoumis à des Loix différentes.

I. Préſuppoſons donc que des conjoints ſont convenus par leur contrat de mariage, que leurs enfants leur ſuccéderoient, & qu'arrivant le décès du dernier de ces enfants, ſans enfants, les biens maternels retourneroient aux parents maternels, & les biens paternels aux parents paternels, ſans que le ſurvivant des conjoints pût rien prétendre dans ces biens ; & voyons quel peut être l'effet de cette convention. Nous obſerverons d'abord que, chez les Hollandois, ces ſortes de conventions ont pris beaucoup de crédit & d'autorité, pour prévenir le changement de domicile des maris qui alloient demeurer ſur les terres qui ſont régies par le Droit appellé *Aſingicum*, ou qui y acquéroient des fonds dans l'intention que, ſi leurs enfants venoient à mourir après leur mere, ils puſſent, en qualité de peres, ſuccéder à ces biens, ſuivant le droit que les peres en ont, ainſi que l'atteſte Néoſtad, *in not. ad Obſerv. 2, de Pact. ante nupt.* & Grotius, *in Manuduct. lib. 2, part. 29.* Il faut pourtant prendre garde que ces Auteurs ont remarqué que la convention ci-deſſus n'a d'autre objet que de preſcrire la maniere de ſuccéder *ab inteſtat*, & ne peut ôter aux peres & meres, ni à leurs enfants, la liberté de diſpoſer de leurs biens. Ajoutez la déciſion de la Cour Souveraine de Hollande 78, & Coren. *Obſerv. 20, n. 16 & conſ. 9, n. 48 & ſequent.* Et cette queſtion s'étant préſentée parmi nous à l'occaſion d'une pareille convention, les Juges la déciderent par la volonté préſumée des Parties, & jugerent qu'il n'y avoit lieu de faire valoir la convention, que lorſque les enfants décédoient dans l'âge pupillaire, ou qu'ils décédoient, en quelque temps que ce fût, ſans avoir fait de teſtament ; & c'eſt avec raiſon que Peckius a dit qu'il falloit avoir de bons yeux pour voir que les choſes devoient être

autrement, *de Test. conjugum*, *lib.* 1, *cap.* 6. Cela a été ainsi jugé parmi nous, dans le Tribunal de la ville Capitale, le 23 Mai 1627.

III. Mais enfin, supposons que la convention, dont nous avons parlé ci-devant, ait été faite par quelques-uns de notre Nation, sera-t-il permis aux conjoints de déroger à cette convention & de la changer? Non certainement, parce que parmi nous il n'est pas permis, pour procurer l'avantage d'un des conjoints, de déroger en la moindre chose aux conventions matrimoniales. Radel. *Décis.* 84, *n.* 16 & 17. Voyez Goris en ses Controverses, *Tract.* 1, *cap.* 8; Christ. *ad Leg. Mecklen. tit.* 9, *art.* 11, *ad num.* 12, *in addit.* Chasseneuz, sur Bourgogne, *Rub.* 4, §. 2, *vers. & acquisit. sub. n.* 15; An. Robert. *rer. judic. lib.* 4, *cap.* 1. Cette décision est incontestable pour les biens qui sont soumis aux Loix de notre Province; mais il en est autrement pour les biens qui sont situés en Hollande, parce que ces biens ne sont pas assujettis à la prohibition portée par nos Loix, comme nous l'avons montré ci-devant, & que parmi les Hollandois, il est permis, par disposition de derniere volonté, de faire des changements aux conventions matrimoniales.

IV. En continuant de raisonner sur ces conventions matrimoniales, on a demandé si le pere pouvoit prétendre sur les biens venants de la mere, & délaissés par la succession du dernier des enfants qui a survécu à la mere, une distraction & retranchement, soit de la légitime, soit de la trébellianique, ou de toute autre portion accordée par le Droit; ou du moins si la légitime ou la trébellianique que les enfants avoient droit de prendre dans la succession de leur mere, & qu'elle ne pouvoit, ni grever, ni entamer en aucune maniere, n'appartient pas au pere, dans la succession *ab intestat* de son fils: car dans ce que nous proposons, il y a deux questions renfermées, qui sont, que le pere de son chef d'abord, & encore du chef de ses enfants, semble avoir droit de demander une légitime. Cependant Neostadius assure que le pere n'a pas lieu de rien espérer, parce que, dit-il, ces portions privilégiées qui sont accordées par testament, cessent lorsqu'il y a des conventions au contraire. *In Not. ad dict. Obs.* 2, & cela paroît assez certain chez les Hollandois. Voyez Grotius, *dict. part.* 29. Mais parmi ceux de notre Nation, la question est plus controversée, & a été agitée assez diffé-

remment; mon avis ſeroit cependant qu'il ſeroit plus ſûr de penſer ſur ces queſtions, comme on fait en Hollande; & pour commencer d'abord par celle qui eſt de ſavoir ſi le pere, de ſon chef, peut prétendre une légitime, il eſt certain que le pere, dans notre eſpece, n'eſt ni prétérit, ni exhérédé par ſon fils, qu'il n'eſt en aucune maniere par lui léſé dans ſa légitime, que par conſéquent le pere ne peut ſe plaindre d'aucune inofficioſité. Les Loix 3, & 30, *de inoff. teſtam.* & Faber, dans ſon Code, *lib.* 5, *tit.* 5, *defin.* 6, *n.* 3, prouvent parfaitement que la demande en légitime ceſſe, dès qu'il n'y a point lieu à la plainte d'inofficioſité. Voici, en cette matiere, l'argument ordinaire des Docteurs.

La demande en légitime a ſuccédé à la querelle d'inofficioſité, ou à la demande afin d'être mis en poſſeſſion des biens du défunt, contre la diſpoſition du teſtament. Or, le pere ne pourroit, ni ſe plaindre de l'inofficioſité, ni demander cette miſe en poſſeſſion, & par conſéquent il ne peut former demande en légitime. C'eſt ainſi, à peu près, que raiſonne Tiraqueau, dans une matiere aſſez ſemblable, *de jure primog. Quæſt.* 55, *n.* 11; & c'eſt de-là qu'on dit communément que ſi dans le monde on ne faiſoit pas de teſtament, il n'y auroit jamais de demande en légitime, Peregr. *de fideic. art.* 36, *n.* 5. Comment en effet peut-on demander une légitime ſur les biens d'un homme qui eſt mort *ab inteſtat?* Si donc, dans l'eſpece propoſée, le pere eſt exclus de la ſucceſſion de ſon fils, ce n'eſt pas par aucune diſpoſition du fils; mais par la propre convention du pere; & comme c'eſt par ſon fait qu'il ſouffre ce dommage, il ne peut ſe plaindre que de lui-même. C'eſt pourquoi la nature de la légitime fait obſtacle au pere, puiſqu'elle eſt définie le tiers, ou la moitié de la portion que quelqu'un auroit eue dans les biens de celui qui décede, s'il fût mort *ab inteſtat;* le pere demanderoit donc inutilement une légitime dans des biens dans leſquels il n'avoit rien à eſpérer *ab inteſtat*; & nous ne devons faire nulle attention à cette regle commune des Docteurs, qui eſt que par une renonciation faite en général à une ſucceſſion, on n'eſt pas préſumé renoncer à la légitime, laquelle maxime eſt priſe de la Loi *ſi quando C. de inoff. teſt.*

Car vous remarquerez, en premier lieu, que, dans l'uſage que les Docteurs font communément de cette maxime, ils

l'appliquent à la renonciation que les enfants font à la succession de leur pere, & non pas à celle que les peres font à la succession de leurs enfants, parce que la succession des enfants n'est pas due aux peres, comme celle des peres est due aux enfants, dit le Jurisconsulte dans la Loi 7, §. 3, ff. *unde liberi;* & la Glose elle-même sur la Loi *si quando*, §. *illud* sur ces mots *gravari ibi solutio*, *aliud in patre*, nie que cette disposition concerne le pere, & Acacius souscrit à cet avis, dans son Traité *de privileg. parentum & liberorum, privil.* 14, *parte alterâ, cap.* 5, *n.* 3.

Aussi la plupart des Loix qui accordent quelques prérogatives particulieres aux enfants, ne sont pas étendues aux peres & meres. C'est ainsi que la Loi *fin. C. de repud. hæred.* qui permet aux enfants qui ont renoncé à la succession de leur pere, d'y pouvoir revenir, n'a point lieu par rapport aux peres qui renoncent à la succession de leurs enfants, selon tous nos Docteurs, sur cette Loi; c'est ainsi que la Loi *hâc consultissimâ*, §. *ex imperfecto*, *C. de testam.* & celle *avus. ff. de cond.* qui parlent des enfants, n'ont nulle application aux peres. D'ailleurs, la regle dont est question a lieu par rapport à une hérédité dont le droit est pleinement acquis, ou, pour parler les termes du Jurisconsulte, *L.* 1, §. *si impubes ff. de collat.* lorsque la demande de la quarte est déja née; mais non pas par rapport à une hérédité qui n'est pas encore échue: & c'est le sentiment de ceux qui ont fait des Traités exprès sur les prérogatives de la légitime. Voyez Merlin, *de Leg. lib.* 3, *tit.* 2, *quæst.* 26, *n.* 13; Mang. *de imput. & detract. quæst.* 91, *n.* 15; & Ruinus, qui a parlé avant eux, 1 *vol. Cons.* 97, *n.* 7. Ajoutez-y deux autres Jurisconsultes d'une érudition étonnante, Tiraqueau, *Quæst.* 55, *n.* 14; & Menochius *Cons.* 71, *n.* 7.

V. Tout ce que nous venons de dire, est par rapport au premier membre de notre question, qui est de savoir, si le pere, de son chef, a droit de distraire une légitime. Il y aura peut-être plus de difficulté dans le second membre de la question, qui est de savoir, si le pere n'aura pas cette légitime du chef de son fils, ou plutôt si les enfants, dans les biens de leur mere, ayant eu leur légitime franche, attendu qu'elle n'a pu leur être grevée, la Loi rejettant absolument toutes les charges qui pourroient avoir été imposées; *L.* 32, *& Auth.*

noviſſ. C. de inoff. teſtam. l'enfant ne tranſmet pas à ſon pere cette légitime ; tous les Docteurs ſe réuniſſent en ce point, qui eſt que les enfants ne peuvent être fruſtrés de leur légitime, quelques conditions que les pere & mere, en ſe mariant, ſtipulent dans leur contrat de mariage; mais il n'y a rien, dans tout ce qui vient d'être propoſé, qui puiſſe faire grande impreſſion : car puiſque, dans nos mœurs, nous nous ſommes écartés de ces grandes regles, & que l'on peut diſpoſer, entre vifs, de ſon hérédité ; ou plutôt que les futurs conjoints peuvent, par leurs conventions matrimoniales, établir un certain ordre, tant dans leurs ſucceſſions *ab inteſtat*, que dans celles de leurs enfants, de maniere qu'à l'égard des enfants impuberes, ils aient pour héritiers ceux que les peres & meres jugent à propos de leur donner; & qu'à l'égard des adultes, on puiſſe dire que décédant ſans s'être nommés des héritiers par teſtament, ils ſont préſumés n'en avoir point voulu d'autres que ceux qui leur ont été donnés par leurs pere & mere, il faut décider que les enfants, n'ayant été en aucune maniere grevés, il n'y a pas lieu pour le pere à prétendre, du chef de ſes enfants, ſoit une légitime, ſoit une trébellianique. Je n'ajouterai pas que le pere s'étant, par ſa propre convention, privé de la ſucceſſion de ſes enfants, il n'eſt pas poſſible (quand on ſuppoſeroit qu'ils avoient le droit de diſtraire la légitime) qu'ils aient tranſmis ce droit au pere, qui ne peut pas être leur héritier, & la tranſmiſſion ne pourroit s'en faire qu'au profit de ceux qui doivent leur ſuccéder *ab inteſtat* : c'eſt par cette raiſon qu'il n'y a pas long-temps que, dans une cauſe de réviſion par rapport à des biens qui étoient tenus à titre d'emphitéoſe, & qui, parmi nous, à l'inſtar des fiefs, appartiennent à la ligne d'où ils viennent, il a été jugé que le droit de légitime des enfants dans ces biens, ne paſſoit pas à la mere, qui étoit d'ailleurs héritiere *ab inteſtat* de ſon fils; mais bien aux parents paternels du côté & ligne d'où provenoient ces biens.

VI. Il s'eſt derniérement préſenté une queſtion à la Cour, que je crois pouvoir ici rapporter, ſans m'écarter de mon ſujet. Des conjoints avoient, par leur contrat de mariage, établi un certain ordre, tant pour leur ſuccéder, que pour ſuccéder à leurs enfants *ab inteſtat*. Ces conjoints étoient décédés d'abord, enſuite étoit décédé le dernier des enfants,

qui étoit une fille. Elle avoit fait un testament, par lequel, après plusieurs legs à différentes personnes, elle avoit dit qu'elle auroit pour héritiers ceux qui devoient lui succéder de droit.

Il s'éleva une contestation entre celui qui étoit l'héritier présomptif par la Loi, & celui qui étoit appellé en vertu des conventions matrimoniales des pere & mere, chacun prétendant cette succession.

La Cour, en cette année 1651, adjugea, d'une voix unanime, la succession à celui qui avoit pour lui les conventions matrimoniales, fondé sur ce que, par les termes du testament, il paroissoit que la testatrice n'avoit pas voulu se faire des héritiers, mais qu'elle avoit voulu laisser les choses comme elles étoient au temps de son testament; & si quelqu'un vouloit même s'attacher rigoureusement à la force des termes du testament, il seroit en droit de dire, qu'il faut considérer lequel de ces prétendants avoit droit à la succession, soit avant le testament, soit nonobstant le testament, & que certainement ce ne pourroit pas être celui qui étoit le plus proche par la disposition de la Loi, puisque les conventions matrimoniales avoient changé l'ordre prescrit par cette Loi, & en avoient substitué un autre. D'ailleurs, dans le doute, il est plus sûr de présumer que les enfants n'ont point voulu déroger aux conventions de leur pere & mere; outre que la testatrice, ayant fait des legs à ses autres parents, sans rien laisser à celui qui avoit droit de succéder en vertu des conventions matrimoniales, quoique la testatrice ne parût pas être moins bien intentionnée pour lui, il étoit vraisemblable qu'elle n'en avoit usé ainsi, que parce qu'elle savoit que ce dernier étoit réellement celui qui devoit être son héritier, en vertu de la convention de ses pere & mere.

OBSERVATION XLI.

RODENBURGH répete en cet endroit le principe général qu'il a repandu dans tout ſon Ouvrage, qui eſt qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation des biens en fait de ſucceſſion; c'eſt-à-dire, pour déterminer ceux qui doivent ſuccéder, à quels biens, & pour quelles portions; & ce principe eſt ſi certain, que je n'en ferai d'application qu'à quelques eſpeces un peu particulieres.

Selon la Coutume d'Anjou, dans le cas de l'échange, ſi un roturier échange un fief, tenu en tierce foi, contre une roture, cet héritage roture ſe partagera pour la premiere fois, comme fief dans la ſucceſſion du roturier, pourvu que l'un & l'autre ſoient ſitués en Anjou, & cela parce que cette Coutume, qui régit les biens de part & d'autre, l'ordonne ainſi en l'*art.* 273; & c'eſt ce qui eſt porté dans la Note de Me Ch. du Molin, ſur cet article. *Et ad hoc hæc conſuetudo reſtringitur, ut procedat in quæſitis in eadem Provincia, vel ſimilis conſuetudinis, ut quandò inter non nobiles alterum prædium* étoit en tierce foi, *& non alterum, & ſic ad differentiam conquæſtuum qui dividuntur viritim pro prima vice, undè cùm quidam permutaſſet* ſon fief avec une roture ſous cette Coutume, ſes héritiers, *pro prima vice*, partagerent comme fief, *& benè; ſecundi hæredes volunt idem facere, & male, quia* roture.

Mais ſi le fief ſitué en Anjou étoit échangé avec une roture ſituée dans une Coutume où pareille diſpoſition n'a pas lieu, la roture reçue en échange ſeroit partagée comme roture, & cela encore à cauſe de la diſpoſition réelle de la Coutume de la ſituation. Et c'eſt ce que dit Me Ch. du Molin, ſur le même article. *Secùs ſi permutetur cum prædio ſenonis, vel alibi, quia tunc bene ſortietur qualitatem generalem hæredii lineæ compermutati ut generaliter volunt conſuetudines, ut dixi in conſuetudine, ſed non quoad ſpecialia hujus conſuetudinis localis.*

C'eſt la déciſion de d'Argentré, ſur l'*art.* 418, *gl.* 2, *n.* 2, de la Coutume de Bretagne. *Itaque ſi pater permutaret feudum*

nobile cum ignobili, perstaret ea qualitas, nec spectandum esset quale fuisset quod datum est, sed ut in ignobili succederent, quale scilicet est quod acceptum est, & cui succeditur.

Me Ch. du Molin, à cette occasion, distingue dans les héritages différentes qualités, les unes intrinseques, & les autres extrinseques.

Les qualités intrinseques sont celles qui sont attachées aux héritages, & qui passent avec eux, en quelques mains qu'ils puissent tomber; telles sont les qualités de fief, ou de roture.

Les qualités extrinseques sont celles qui sont purement accidentelles, & qui changent assez souvent en changeant de possesseur. Telle est la qualité de propre, ou acquêts.

M. Renusson, en son *Traité des Propres, ch.* 1, *sect.* 10, *n.* 6, n'approuve pas cette distinction; il prétend que toutes ces qualités sont également extrinseques; & il peut avoir raison en prenant les choses dans un sens étroit & rigoureux; car tous héritages sont égaux dans leur primitive nature; mais chacun sent néanmoins que la qualité de fief, ou de roture, a quelque chose de plus inhérent & de plus attaché à l'héritage, que celle de propre & acquêt. Ce qui est fief, ou roture, est tel en quelques mains qu'il passe; mais ce qui est propre au vendeur, devient acquêt à l'acquéreur.

Ainsi de droit général, une roture n'est pas subrogée à un fief, & n'acquiert pas cette qualité; mais un acquêt peut être subrogé à un propre, & être regardé comme propre.

C'est pourquoi je ne vois pas pour quelle raison Brodeau, sur Louet, *Lett. S, Somm.* 10, *n.* 4, dit que la qualité de féodale est étrangere, casuelle & fortuite, & que celle de propre est intrinseque, primordiale, réelle & naturelle. La qualité de propre, ou acquêt, est certainement sujette à bien des variations; celle de fief, ou roture, est plus immuable, & par conséquent plus intrinseque à l'héritage; & c'est ce qui a opéré la distinction des qualités d'intrinseques, & d'extrinseques. Voyez *du Molin, art.* 30, *de la Coutume d'Amiens.*

Mais *quid juris*, si l'héritage propre, situé en Coutume de côté & ligne, est échangé avec un héritage situé en Coutume souchere, ou situé en pays de Droit écrit; j'estimerois, quant à l'héritage reçu, & situé en Coutume souchere, qu'il

sera

ſera propre, puiſque la Coutume de la ſituation le veut ; mais qu'en ſa qualité de propre, il ſe partagera comme en Coutume ſouchere ; enſorte que, s'il y a des deſcendants, cet héritage reçu en échange leur appartiendra, & s'il n'y en a pas, le propre ceſſera d'être propre, & ſe partagera comme acquêt ; & à l'égard de l'héritage ſitué en pays de Droit écrit, il ſe partagera comme acquêt, puiſque la Loi de la ſituation n'admet pas de propre : ainſi, c'eſt la Loi de la ſituation de l'héritage reçu qu'il faut conſidérer. Si cette Loi admet la ſubrogation à la qualité de propre, l'héritage reçu ſera propre ; & ſi elle n'admet pas de ſubrogation, il n'y en aura pas. Auſſi quand Me Ch. du Molin, ſur l'*art.* 273 d'Anjou, dit que *ſi permutetur cum prædio ſenonis, vel alibi, ſortietur qualitatem generalem hæredii lineæ compermutati*, il préſuppoſe que la Loi de l'héritage reçu le veut ainſi, & que c'eſt le Droit commun de nos Coutumes, *ut generaliter volunt conſuetudines.*

En effet, c'eſt comme héritiers que les partageants prennent l'héritage reçu en échange.

Or, en cette qualité, ils ſont ſoumis à la Loi de la ſituation. C'eſt le raiſonnement de d'Argentré, ſur l'*art.* 418 ci-deſſus, *non enim hæredes ſunt fundati in conventione, ſed in qualitate duntaxat hæredum, quæ poſt mortem duntaxat habet effectum, ſed res ipſa qualitatem non mutat.*

C'eſt pourquoi, dans la Coutume de Normandie, un homme de cette Province qui avoit épouſé une femme d'Orléans, avoit fait un échange d'une ſucceſſion échue à ſa femme, avec des rentes & des héritages ſitués en Normandie, & ſa fille, mariée & excluſe en Normandie, ayant prétendu ſuccéder à ces héritages de Normandie, comme ſubrogés à ceux d'Orléans, & ce vis-à-vis ſon frere, elle en fut déboutée par Arrêt du Parlement, du 5 Février 1626, rapporté par Baſnage, *art.* 341, *in fine.*

Le Réglement de 1666 du Parlement de Normandie, en contient une diſpoſition préciſe, *art.* 67. *Les héritages ſe partagent ſelon la Coutume des lieux où ils ſont ſitués lors de la ſucceſſion échue, & non ſelon la Coutume des lieux où étoient ſitués ceux auxquels ils ſont ſubrogés.*

L'on a, à cette occaſion, agité une queſtion très-importante, qui, de la maniere dont elle eſt propoſée, appartient à

nos Queſtions mixtes. Elle eſt traitée par deux grands Commentateurs de Coutumes, Brodeau & Baſnage. Voici comment le premier la propoſe, ſur l'*art.* 94 de la Coutume de Paris, *n.* 17, vers le milieu. Un oncle, tuteur de ſon mineur, fait un échange, ſans avis de parents, ni autorité de Juſtice, de rentes conſtituées, contre une terre ſituée en Coutume où le mâle, en ſucceſſion collatérale, exclut la femelle quant aux fiefs : le mineur décede mineur, & laiſſe pour héritiers une tante & ſon oncle ſon tuteur.

La tante ſoutient devoir ſuccéder au fief, comme elle eût ſuccédé aux rentes conſtituées ; c'eſt-à-dire, également.

Ses raiſons ſont que le tuteur n'a pas été en droit, pendant la minorité, de changer la nature & la qualité des immeubles de ſon mineur, pour, en changeant la nature de ſes biens, changer l'ordre de ſa ſucceſſion.

» J'ai répondu, dit Brodeau, que l'*art.* 94 n'eſt que pour le » cas de la converſion d'une rente en deniers, qui ſont mobi- » liers ; ils ſont ſubrogés par l'office de la Coutume, afin que » le bien ne ſorte point de la ligne, & que l'ordre des ſuc- » ceſſions ne ſoit point interverti. Ici il s'agit d'une converſion » d'immeubles en autres immeubles, laquelle ſe trouvoit con- » venable à la qualité du mineur, utile & avantageuſe, & » faite ſans conſeil de fraude, en un temps innocent & non » ſuſpect. L'événement dans l'ordre troublé de la nature, n'eſt » pas conſidérable, pour empêcher que la ſucceſſion ne ſe » partage en l'état, & ſelon la nature & qualité des biens qui » ſe trouvent au jour du décès du mineur, l'intérêt duquel » regle celui des héritiers ; ce qui recevroit moins de diffi- » culté, ſi l'échange, ou l'emploi des deniers en fief, avoit » été fait par avis de parents & décret de Juſtice ; mais l'u- » tilité évidente, ou l'avantage de l'échange, ſupplée à ce » défaut. «

Baſnage, ſur l'*art.* 512 de la Coutume de Normandie, ſur la fin, propoſe la même queſtion, d'après Brodeau. Il rapporte la déciſion de cet Auteur, & ſes moyens, & il dit que cet avis reçoit néanmoins de la difficulté ; parce que l'aliénation des immeubles d'un mineur étant nulle, lorſqu'elle n'eſt pas faite par avis de parents, pour éviter les fraudes des tuteurs, il n'y a pas d'apparence de faire ſubſiſter un échange qu'un tuteur auroit fait dans la vue d'en profiter ſeul, & d'en ex-

clure les autres héritiers, en cas que ſon mineur vînt à décéder.

L'on voit, par la comparaiſon de ces deux avis, que Brodeau & Baſnage conviennent tous les deux que, lorſqu'il y a eu avis de parents duement homologué, il faut, dans ce cas, arrivant la mort du mineur, prendre les choſes comme elles ſont, par une autorité légitime qui a peſé le *quid utilius* pour le mineur, & ſe conformer à la Loi de la ſituation.

C'eſt ainſi que ſi dans une ſucceſſion échue à un mineur, il y a des dettes & point de mobilier pour les payer, & que pour les acquitter, on vende, en vertu d'avis de parents duement homologué, un propre paternel ou maternel, & que le mineur vienne à décéder, il faut prendre les choſes comme elles ſe trouvent, ſans indemnité pour l'héritier qui auroit ſuccédé au propre vendu.

Mais nos deux Auteurs ſe diviſent lorſqu'il n'y a pas d'avis de parents. Le premier prétend, qu'encore qu'il n'y ait point d'avis de parents, néanmoins ſi l'échange, ou l'aliénation, ſont évidemment utiles & avantageuſes au mineur, il faut s'en tenir là ; mais qui ne voit qu'une pareille déciſion n'eſt capable que d'opérer des conteſtations ? parce que chacun des héritiers, ſuivant ſes intérêts différents, ſoutiendra que l'aliénation eſt, ou n'eſt pas utile & avantageuſe aux mineurs ; & pour éviter ces conteſtations, il eſt plus convenable de s'arrêter aux regles générales, qui ne permettent pas d'aliéner les biens des mineurs ſans avis de parents duement homologué, & ſans les autres formalités preſcrites par les Arrêts & Réglements de la Cour, avec d'autant plus de raiſon, que, s'il y a une utilité bien prouvée, il n'eſt pas à préſumer que les parents refuſent leur conſentement, & que le Juge refuſe ſon autorité.

A l'égard de Baſnage, il ſemble inſinuer que dès qu'il n'y a point d'avis de parents, il y a fraude de la part du tuteur, fraude qui ne peut jamais donner lieu à un contrat qui emporte aliénation & changement des biens d'un mineur ; mais il pourroit y avoir autant d'ignorance, ou de négligence de la part d'un tuteur, que de fraude ; &, dans l'un & l'autre cas, l'aliénation des biens d'un mineur, faite contre les Réglements, ne ſauroit jamais ſubſiſter.

D'où il eſt facile de conclure que, dans l'eſpece propoſée, il faudroit partager la ſucceſſion du mineur, comme elle l'auroit été avant l'échange, & que par conſéquent, la tante doit avoir part dans le fief reçu en échange, comme elle l'auroit eue dans les rentes conſtituées; ou du moins, qu'il lui faut une indemnité du tort qu'elle ſouffre par l'échange qui a été fait ſans autorité de Juſtice, & dont elle pourroit valablement demander la nullité.

L'échange opere une ſubrogation de l'héritage reçu à l'héritage donné; mais nous ne devons pas toujours nous repoſer ſur la ſureté de cette ſubrogation. Il eſt des Coutumes où certains biens ſont ſi difficiles à aliéner, & des combinaiſons de circonſtances ſi bizarres, qu'il n'eſt pas poſſible de prévoir les difficultés qu'elles feroient naître, & par conſéquent aſſurer même la validité d'un échange, qui de toutes les aliénations, paroît être la plus ſimple & la moins périlleuſe. En voici un exemple.

Une femme, mariée au Perche, poſſédoit des héritages en Normandie; elle les échange, conjointement avec ſon mari, contre d'autres héritages ſitués au Perche.

Au Perche, il eſt permis aux femmes de vendre & aliéner; en Normandie, au contraire, la femme ne peut vendre ſes biens dotaux, qu'autant que le mari a du bien pour les remplacer, ſinon il lui eſt permis de rentrer dans ſes biens vendus: le mari & la femme vendirent ce bien du Perche, qui avoit été reçu en échange de celui de Normandie, & le mari décéda inſolvable.

La femme, qui ne pouvoit ſe venger ſur le bien du Perche pour ſon remploi, forma action contre les poſſeſſeurs du bien ſis en Normandie, & qu'elle avoit échangé, pour lui indiquer des biens appartenants à ſon défunt mari, ſinon qu'il lui ſeroit permis de rentrer en poſſeſſion des biens de Normandie.

Ces poſſeſſeurs diſoient qu'il y avoit eu emploi des héritages de Normandie, & qu'on ne pouvoit leur imputer ſi la femme les avoit depuis aliénés. Sur cette eſpece, Arrêt de l'année 1629, rapporté par Baſnage, *art.* 539, en faveur de la femme.

La raiſon de l'Arrêt eſt que la femme, en dépayſant ſes biens & les changeant de Coutumes, ne peut perdre ſes hypotheques, ni ſes héritages. Baſnage fait bien ſentir toute la

difficulté qu'il y avoit dans cette eſpece ; mais il obſerve que le plus ſûr, dans ces occaſions, eſt de ne faire échange qu'avec des biens Normands, tant, dans cette Coutume, eſt grande la faveur de la femme pour ſes biens dotaux : & voilà une queſtion mixte où la réalité des droits de la femme l'a emporté ſur toute autre conſidération.

Si dans un même Royaume il n'y avoit qu'une Loi uniforme pour les ſucceſſions, comme notre Auteur nous aſſure qu'il n'y en a qu'une dans la province d'Utrecht, ou ſi nonobſtant la variété des Loix, la Loi du domicile du défunt fixoit & déterminoit la maniere de ſuccéder dans toutes les Coutumes, comme j'ai pris la liberté de le propoſer dans mon Diſcours préliminaire de mes Diſſertations mixtes & dans le préſent Ouvrage, il n'y auroit pas grande difficulté entre héritiers.

Mais dans le Royaume les Coutumes ſont, ſur cette matiere, très-différentes entr'elles. La ſeule regle *paterna paternis, materna maternis*, a des différences conſidérables ; & le double lien, admis en certains endroits & non en d'autres, a pareillement ſes variétés, & toutes ſont une ſource féconde de conteſtations.

Dans la Hollande, il y a deux Loix principales qui reglent les ſucceſſions, la Loi de l'Echevinage, & la Loi appellée *jus Aſingicum*. On peut voir dans Vinnius, *lib.* 3, *Inſtit. tit.* 5, *pag.* 541, les différences de ces deux Loix ; mais n'avons-nous pas auſſi parmi nous des Coutumes où les ſucceſſions ſont partagées par les droits d'Echevinage ? Telle eſt la Coutume d'Arras, Titre *des Entraveſtiſſements*. Dans la Coutume de Normandie, ne fait-on pas diſtinction entre les biens qui ſont en bourgage & ceux qui ſont hors de bourgage ? Enfin, dans la France, il y a, par rapport aux ſucceſſions, preſque autant de différentes manieres de ſuccéder, qu'il y a de différentes provinces & de différentes villes, ſoit que ces différences ſoient écrites dans des Loix préciſes, ſoit qu'elles ſoient fondées ſur des uſages anciens & des Juriſprudences bien conſtatées.

De-là notre Auteur conclut que la ſucceſſion d'un homme compoſe autant d'hérédités qu'il y a de biens répandus dans différents endroits ſoumis à des Loix différentes, & la maxime eſt vraie, quant au partage des biens dont la ſucceſſion eſt

composée ; mais il n'en faudroit pas conclure, dans nos mœurs, comme fait notre Auteur ailleurs, que parce que les biens du défunt se partagent différemment, suivant la différente situation des biens, néanmoins un même homme puisse diviser la qualité d'héritier, se porter héritier dans une Coutume & renoncer dans une autre ; se dire héritier dans l'une & légataire dans une autre, dans laquelle il peut être héritier, & où ces deux qualités sont incompatibles, parce que la qualité d'héritier est indivisible, & que du moment que l'héritier présomptif se porte héritier, il acquiert & contracte cette qualité par-tout où la Loi la lui défere ; mais nous avons traité cette question. Voyez l'*Observ.* XVII. Notre Auteur a eu en vue, dans ce Chapitre, de traiter la question de savoir, si les conjoints peuvent, par conventions entre eux, prévenir la contrariété des dispositions réelles de nos Coutumes. Il pose son examen dans des Coutumes que j'appellerai, d'après Burgundus, *dispositiones reales indifferentes ;* c'est-à-dire, qui ne sont point prohibitives. Il présuppose que des conjoints sont convenus, par leur contrat de mariage, qu'arrivant le décès du dernier de leurs enfants sans enfants, les biens maternels retourneroient aux parents maternels, & les biens paternels aux parents paternels, sans que le survivant des conjoints pût prétendre, dans ces biens, aucuns des droits que les Loix de la situation pourroient lui donner, & il demande quel sera l'effet de cette convention.

Nous pouvons appliquer cette espece à l'*art.* 314 de la Coutume de Paris. Par cet article, les peres & meres jouissent, par usufruit, des biens délaissés par leurs enfants, décédants sans enfants & sans freres & sœurs, qui ont été acquis par lesdits peres & meres, & par le décès de l'un d'eux advenus à l'un de leursdits enfants, encore qu'ils soient & aient été faits propres auxdits enfants.

Or, il peut arriver que des conjoins, par leur contrat de mariage, conviennent que le survivant d'eux n'aura pas l'usufruit porté par cet article.

Nos Coutumes peuvent nous fournir encore d'autres exemples ; presque toutes admettent la garde-noble, ou bourgeoise, & l'on peut présupposer que des conjoints y ont renoncé par leur contrat de mariage.

La Coutume de Normandie, en l'*art.* 382, donne au mari

qui ſurvit à ſa femme, & qui a eu d'elle un enfant né vif, l'uſufruit des biens de ſa femme.

La Coutume de Poitou donne au pere, ſur les biens de ſon fils, des droits d'uſufruit à titre de puiſſance paternelle.

Or, préſuppoſons que, par contrat de mariage, le pere ait renoncé à ces droits; que dirons-nous dans toutes ces eſpeces?

Nous avons un principe parmi nous, qui eſt, que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient pas contre les bonnes mœurs, ou contre la Loi prohibitive de la Coutume, ou de la Loi de la ſituation. *Si quis mulierem deſponſaverit, quidquid ei per tabularum, ſeu Chartarum inſtrumenta conſcripſerit, perpetualiter inconvulſum permaneat, L. Rip. tit.* 19, *de dot. mulier.* Voyez ci-après, *Chap.* 4.

Or, ces uſufruits accordés par les Coutumes ci-deſſus, ſont autant de bénéfices & d'avantages réels accordés par les Loix, auxquelles il me paroît qu'il n'y a nul inconvénient que des peres & meres puiſſent renoncer par leur contrat de mariage. Il n'y a rien dans ces renonciations *de genere prohibitorum.* Il y a le Conſeil 15 de Me Charles du Molin, donné ſur une queſtion approchante, & que mon Lecteur peut conſulter.

Mais ſi les conjoints peuvent, par contrat de mariage, renoncer aux avantages que les Loix leur offrent, peuvent-ils, par leur contrat de mariage, convenir qu'ils en auront contre, & au préjudice des modifications & reſtrictions appoſées par les Coutumes? Par exemple, la garde-noble, ou bourgeoiſe, ne peut durer que juſqu'à ce que ceux qui ſont en garde, ſoient parvenus à un certain âge. La garde ſe perd communément par un ſecond mariage. Les conjoints pourroient-ils convenir que la garde ſubſiſteroit au-delà de l'âge preſcrit par les Coutumes? Pourroient-ils convenir que le ſurvivant des conjoints ne la perdroit pas par un ſecond mariage? Pallu, ſur l'*art.* 319 de la Coutume de Tours, en agite la queſtion. Cette Coutume donne au ſurvivant des conjoints, y ayant enfants, la jouiſſance pendant ſa viduité de la part des meubles, acquêts & propres appartenants aux enfants, juſqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de puberté; & ſi le ſurvivant ſe remarie, il perd ladite jouiſſance. Pallu

demande si, dans le cas où il y auroit une convention par le contrat de mariage que le survivant jouiroit sa vie durant des acquêts, cette convention seroit valable, & il dit qu'elle seroit entretenue, étant une convention de société licite, nonobstant même son second mariage, ou nonobstant l'âge de puberté de ses enfants, & il ajoute que M. Rogier rapporte Arrêt du 13 Avril 1593, confirmatif d'une Sentence du Présidial, du 1 Septembre 1592, contre Etienne Mahoudeau, au profit de Marie le Royer, sa belle-mere, l'*art.* 319 n'étant conçu en termes prohibitifs.

Il faut observer que la décision de Pallu est restreinte aux acquêts pendant le mariage, encore que la Coutume s'étende même aux propres. Or, la question étant restreinte aux acquêts, & non étendue aux propres, on peut dire véritablement que c'est une convention d'une société licite, & par conséquent qui doit être exécutée.

Mais cette raison de convention de société licite influeroit-elle pareillement sur une convention qui comprendroit les propres au préjudice de la puberté, & dans le cas du second mariage? Pallu, par ces termes de société licite, a-t-il entendu parler en général de la société conjugale? il me paroît que, ne parlant que des conquêts, il n'a voulu aussi parler que de la société de communauté, & non pas en général de la société conjugale; ensorte qu'il a laissé la question, par rapport aux propres, indécise, & pour la décider, voici deux regles que je propose.

La premiere, lorsque la personne peut, par la permission de la Coutume, donner purement & simplement, & sans aucune condition, ni restriction, ce que la Coutume ne donne par elle-même que sous des modifications ou restrictions, l'homme, par disposition ou convention, peut déroger à ces modifications ou restrictions, parce que la disposition de l'homme se trouve permise & autorisée; mais quand c'est la Loi qui donne, & qu'elle donne au-delà de ce qu'elle permet à l'homme de donner, & qu'elle y met des modifications, l'homme n'y peut déroger du moins que jusqu'à concurrence de ce qu'il auroit pu donner purement & simplement.

La seconde regle est d'examiner s'il n'y a pas quelque Loi publique que l'on puisse offenser, ou si l'on ne détruit pas la substance

ſubſtance de la diſpoſition, en dérogeant aux reſtrictions & modifications des Coutumes.

Ainſi, pour la déciſion de la queſtion indéciſe de Pallu, en ce qui touche les propres, il faut conſidérer ce que la Coutume permet à l'homme de faire au-delà de ce qu'elle fait elle-même.

La faveur des contrats de mariage eſt telle que, par iceux, on peut donner aux biens une toute autre nature que celle dont ils ſont en eux-mêmes; par exemple, on peut ameublir des immeubles, pour en diſpoſer comme meubles en certains cas; on peut immobiliſer des meubles pour les exclure de la communauté, ou pour les affecter au côté & ligne de celui des conjoints qui les apporte en mariage.

On peut donner, en ſimple uſufruit, ce qu'on peut donner en propriété; mais ne donnant qu'en uſufruit, on ne pourroit pas décharger de donner caution, parce que ce ſeroit détruire la ſubſtance de la diſpoſition.

A l'occaſion d'immobiliſations de deniers, on a douté longtemps ſi des peres & meres, mariant leur fille, & ſtipulant que les deniers qu'ils lui donnent conjointement en dot, lui ſont propres, & aux ſiens de ſon côté & ligne, ces deniers réaliſés, provenant tant du pere que de la mere, devoient, arrivant le décès de la fille mariée, & de tous ſes enfants, appartenir en entier au ſurvivant deſdits peres & meres, à l'excluſion de tous les collatéraux, même de ceux du pere ou de la mere prédécédé; mais enfin la déciſion vient d'être fixée au profit du ſurvivant du pere ou de la mere de la fille mariée, par un Arrêt de réglement du 16 Mars 1733. Le pere & la mere de la future ſont conſtamment du côté & ligne de la future, & ſont les plus proches de leurs petits-enfants, décédant ſans enfants, & ſans freres & ſœurs.

Notre Auteur obſerve que cette ſtipulation de propre, par contrat de mariage, n'ôte pas la liberté de diſpoſer par teſtament, & cela s'obſerve de même parmi nous, ſi les parties n'ont pas prévu le cas particulier. Voyez Renuſſon, *des Propres*.

On a demandé dans la Coutume de Normandie, à l'oc-

casion de l'*art.* 330, qui porte que, quelque accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts, que ce qui leur appartient par la Coutume, à laquelle les contractants ne pourroient déroger, on a, dit-on, demandé si l'on pourroit, dans cette Coutume, stipuler que le mari ne pourroit acquérir qu'en des lieux où la femme prendroit moitié ; & Basnage répond que cette stipulation seroit incivile, le mari n'ayant pu s'imposer cette nécessité ; mais quoique d'ailleurs j'admette le principe que la stipulation ne sauroit prévaloir sur une disposition légale prohibitive, j'aurois de la peine à admettre la décision particuliere de Basnage : la Coutume de Normandie est bien prohibitive d'une convention qui donneroit à la femme une plus grande part dans les conquêts, que celle qu'elle donne ; mais cette Coutume donne moins dans certains endroits, que la moitié, & dans le général de ses dispositions, elle donne la moitié : pourquoi la femme n'aura-t-elle pas la liberté de stipuler que son mari fera ses acquisitions de maniere qu'elle ait moitié ? elle prévient ce qui seroit au-dessous de moitié, & cette moitié n'est toujours qu'une portion permise dans la Coutume.

Des Actes entre vifs, je passe aux testaments, & je demande si un homme pourroit, par son testament, dire, dans la Coutume de Paris : je veux que mes héritiers, en ligne directe, mâles ou femelles partagent également ma succession sans droit d'aînesse dans les fiefs ? Je veux que tous mes héritiers partagent mes propres entr'eux, sans distinction de côté & ligne. Je ne veux pas que tels & tels mes héritiers présomptifs soient mes héritiers. Je ne croirois pas que ces dispositions dussent avoir lieu.

Ma raison est qu'il y a des dispositions de Loix & de Coutumes qui sont de droit public, & nullement dans le pouvoir de l'homme. Les droits d'aînesse sont accordés aux aînés par une raison d'Etat, & pour le bien général d'une nation. La réserve des propres, jusqu'à une certaine concurrence, est encore fondée en raison publique & générale ; il importe que les familles ne soient pas dépouillées par des dispositions trop outrées, & que les biens que nous recueillons de nos

proches, paſſent à ceux du même ſang, à l'excluſion d'un ſang étranger. Enfin, c'eſt la Loi qui fait les héritiers, & non l'homme.

Nous avons pluſieurs Loix Romaines qui nous guident en cette matiere. La Loi 27, ff. *de Reg. juris*, porte, *nec ex Prætorio, nec ex ſolemni jure, privatorum conventione quicquam immutandum eſt.* Voilà pour ce qui regarde les Actes entre vifs. Quant aux teſtaments, nous avons la Loi 55, ff. *de Legatis :* 1°. *Nemo poteſt, in ſuo teſtamento, cavere ne Leges, in ſuo teſtamento, locum habeant.*

On a demandé ſi un homme ayant, par ſon teſtament, voulu qu'un certain effet fût propre, cette volonté teſtamentaire faiſoit un propre de diſpoſition, & il a été jugé par deux Arrêts pour la négative. Le premier du 17 Juin 1711, au rapport de M. l'Abbé Maingui; autre du 8 Juin 1722, ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général de Lamoignon, à préſent Chancelier de France, dans l'eſpece d'une rente que M. Jérôme Geneſt, par ſon teſtament, avoit léguée, & qu'il avoit voulu être propre pour retourner aux héritiers naturels du teſtateur. Dans cette eſpece, celui qui avoit recueilli cette rente, en vertu du teſtament, avoit fait un legs univerſel : l'Arrêt confirma la Sentence du Châtelet qui avoit déclaré la rente compriſe dans le legs uniuerſel. Telle diſpoſition ne contient fidei-commis : par conſéquent c'étoit vouloir, ſans uſer d'une voie permiſe, qui eſt le fidei-commis, rendre propre ce qui étoit acquêt, & empêcher l'exécution ordinaire des Loix.

Mais quand pouvons-nous déroger aux Loix ? quand ne le pouvons-nous pas ? Quelles ſont celles que nous devons regarder comme Loix publiques ? Quelles ſont celles qui ne le ſont pas ? Je n'ai rien trouvé de meilleur, ſur cela, que ce que dit Godefroy, ſur la Loi 27, ci-deſſus, *de Reg. juris*, où je renvoie avec plaiſir mon Lecteur, perſuadé que cet Auteur le ſatisfera. Voyez encore l'*Obſervation* 42 ; &, dès à préſent, j'obſerverai que la Coutume d'Angoulême, *art.* 62 du *chap.* 24, porte que les débiteurs, contre leſquels il y a contrainte par corps, allant & venant aux foires & marchés publics, ou en Cour pour expédition de leurs procès, dont ils ſeront crus à leur ſerment, ne doi-

vent être pris, arrêtés & détenus au corps, ni exécutés en leurs biens, pour aucune dette ou matiere civile. Me Charles du Molin demande : *an privatâ pactione renuntiari possit huic consuetudini ?* Et il répond, *veriùs puto quod non, favore nundinarum ; hoc enim principaliter favore publico introductum est.*

CHAPITRE III.*

TRADUIT DU LATIN DE RODENBURGH.

Des conventions faites pour se précautionner contre la contrariété des Loix, quant aux solemnités des Actes, & cela, pour les cas où l'on continue le même domicile.

NOUS avons examiné quel pouvoit être l'effet des conventions par rapport aux Statuts purement réels, tels que sont communément ceux qui concernent les successions *ab intestat;* il faut voir présentement si, par des conventions, on peut valablement se soustraire aux formalités prescrites pour la validité des actes : car entre les Statuts réels, il y en a où l'action de l'homme doit intervenir, & nous les avons divisés en deux classes; savoir, ceux qui regardent la formalité, & ceux qui regardent le fonds & la substance des actes. Quant aux Statuts qui disposent de la formalité, il n'y a pas grande difficulté : il n'est pas au pouvoir des particuliers de déroger aux formalités prescrites pour la confection des actes, soit par la Loi de la situation des biens, soit par la Loi du domicile.

Personne en effet ne peut empêcher que dans un testament, qu'on se propose de faire par la suite, les Loix soient observées; c'est pourquoi, il n'y a pas long-temps, que le Conseil Provincial, en conformité du Jugement du Sénat de Frise, jugea qu'un legs fait par un testament sous seing privé, n'étoit pas dû, quoique le testateur, par un précédent testament fait en bonne forme, eût marqué que son intention étoit que tous les legs qu'il pourroit faire par la suite par acte sous seing privé, fussent pleinement acquittés, parce que c'est très en vain que ce testateur avoit voulu, par rapport à ces sortes de legs faits depuis son testament, se soustraire aux formalités prescrites par la Loi. Il est vrai que dans plus d'un endroit de nos Loix, on trouve qu'un homme peut, par un testament fait dans toutes les formes, donner son hérédité, ou

faire un legs particulier, & remettre à nommer cet héritier, ou ce légataire dans des codicilles, ou par tout autre écrit qui fasse foi; que l'on peut pareillement remettre à fixer dans des codicilles, ou autre écrit, la quantité qu'on veut léguer, parce que, dans ce cas, nous avons preuve par un acte solemnel, que le testateur a voulu instituer quelqu'un pour son héritier, ou lui faire un legs; mais lorsque la volonté de donner & de léguer, & le nom du légataire, ainsi que la quantité du legs, en un mot, lorsque la disposition entiere est portée par un acte qui n'est pas revêtu de ses formes, il n'y a ni principe, ni raison qui puissent faire valoir une pareille disposition; mais si l'on veut approfondir encore plus cette question, il faut consulter Herbajus, qui l'a très-bien discutée, *Res quotid. lib. singul. cap.* 8.

OBSERVATION XLII.

RODENBURGH traite en ce Chapitre la question de savoir si, par quelques conventions, on peut se soustraire aux formalités prescrites par les Loix & les Coutumes, pour la vérité & l'authenticité des actes, & il décide pour la négative.

En effet, tous nos Auteurs conviennent que ces formalités sont de Droit public, auquel il n'est pas possible de se soustraire, ni de déroger; & l'on cite, à ce sujet, communément Jason, sur la Loi *jus publicum ff. de pactis.*

Comme il est important de savoir distinguer ce qui appartient au Droit public & ce qui appartient au Droit particulier, & les cas où l'on peut déroger à ce Droit particulier, voici les sommaires de la doctrine de Jason. *Aut loqueris in jure publico, aut in jure privato.*

Circà primum, fac regulam, quod juri publico non potest pacto privatorum derogari, nec cum pacto publicarum personarum.

Intelligitur autem jus publicum . . . quatuor modis.

1°. *Jus naturale, vel sanguinis.*

2°. *Illud quod publicam utilitatem principaliter respicit, puta quod delicta puniantur.*

3°. *Illud quod jus reipublicæ tangit.*

4°. *Ubicumque Lex diſponit dando formam, vel ſolemnitatem actui.*

Circà ſecundum in jure privato quod principaliter ad privatam alicujus utilitatem inductum eſt, fac regulam contrariam quod ei regulariter poteſt renunciari.

Fallit in quinque caſibus.

1°. *Quandò illud jus eſſet inductum propter imbecillitatem ætatis.*

2°. *Quandò illud jus eſſet principaliter inductum in odium alterius.*

3°. *Fallit quando talis renunciatio induceret aliquid contra bonos mores, vel invitaret ad delinquendum.*

4°. *Quandò eſt jus prohibitorium.*

5°. *Ubicumque in aliquo actu apponitur clauſula annullativa, quia illud cenſetur inductum pro forma.*

J'indiquerai encore ici une autre diviſion faite par nos Auteurs, *jus vel eſt publicum autoritate & utilitate, autoritate ſcilicet quod publice, ſive publicâ autoritate conſtitutum eſt, ad differentiam juris quod acquiritur ex conventionibus; utilitate ex eo quod ad utilitatem publicam, hoc eſt totius populi univerſim & conjunctim pertinet;* & pour lors on n'y peut déroger. *Aut eſt publicum autoritate tantùm, & privatum utilitate*, & pour lors on peut y déroger. Voyez Vinnius, *lib.* 1, *tit.* 1, §. 4; & *lib.* 1, *tit.* 2, §. 11, *Inſtit.*

D'Argentré, *art.* 19 de la Coutume de Bretagne, qui porte que les Arbitres ne peuvent exécuter leurs Sentences, propoſe la queſtion, *an conventio partium valebit, ſi eâ caveatur ut Arbiter exequi poſſit?* Et voici ſa réponſe: *valere putavit Petr. Jacob. tit. de recurſu ad arbitrium boni viri, cujus Sententiam meritò uſus non admiſit, cùm id poteſtatem partium transgrediatur, nec ſit in earum Arbitrio tribuere quod publicæ ſit autoritatis quam privato nemini uſurpari liceat, injuſſu ſuperioris.*

De ce principe que l'on ne peut pas déroger au Droit public, notre Auteur en conclut que dans la Friſe tous teſtaments devant être faits ſolemnellement, & par un acte public, un legs fait par un acte ſous ſeing privé étoit nul, encore que le teſtateur eût marqué, par un teſtament public, que ſon intention étoit que tous legs qu'il pourroit faire par

la ſuite, même par acte ſous ſeing privé, fuſſent pleinement exécutés; & il diſtingue ce cas d'avec celui où un teſtateur ayant fait un legs par un teſtament revêtu de ſes formes, auroit remis à nommer ſon légataire dans des codicilles, ou dans tout autre acte faiſant foi; & il renvoie à Herbajus, dans ſon livre, *Rerum quotidianarum, cap.* 8. J'exhorte mon Lecteur à voir cette Diſſertation, qui eſt bonne.

Rodenburgh, après avoir dit dans ce Chapitre, qu'il n'eſt pas au pouvoir des particuliers de déroger aux formalités preſcrites pour la confection des actes, ajoute, ſoit que ces formalités ſoient requiſes par la Loi de la ſituation des biens, ſoit qu'elles ſoient requiſes par la Loi du domicile; & à cet égard; il faut ſe reſſouvenir qu'au *Chap.* 3 *du Tit.* 2, notre Auteur admet qu'on peut obſerver les formalités du lieu où la choſe eſt ſituée, quand on eſt domicilié dans ce lieu, ſur quoi voyez ce que j'ai dit en cet endroit.

CHAPITRE

CHAPITRE IV.

Des conventions par leſquelles on obvie à la diverſité du droit que les Statuts réels peuvent faire naître par rapport à la ſubſtance des actes, encore même que l'on ne change pas de domicile.

SOMMAIRE.

I. *Peut-on valablement ſtipuler que la dot ſe répétera ſuivant la Loi de tout autre lieu que celui du domicile ?*

II. *Que décider dans le cas où la Loi de la ſituation des biens s'oppoſera à cette convention ?*

III. *La convention étant que la femme gagnera ſon douaire tel que les uſages le lui donnent, de quels uſages faudra-t-il entendre la convention ?*

IV. *J'ai inſtitué pour héritiers ceux que je dois avoir ab inteſtat, quels héritiers ſuis-je cenſé avoir inſtitués ?*

V. *Si des conjoints d'Utrecht ſont convenus qu'ils ſeront réglés par le Droit de Hollande, pourront-ils ſe faire des donations mutuelles en propriété ?*

VI. *Si des conjoints ſont expreſſément convenus qu'il leur ſera permis de s'avantager mutuellement, la donation des biens ſitués chez nous aura-t-elle ſon effet ?*

VII. *S'il y a des biens ſitués dans des lieux où il ſoit permis aux conjoints de s'avantager, faudra-t-il ſuppléer, ſur ces biens, ce qui ſera retranché de ceux que les conjoints ſe ſeront donnés, & qui ſe trouveront ſitués chez nous ?*

VIII. *Eſt-il permis chez nous, par conventions matrimoniales, de laiſſer au ſurvivant des conjoints, certains biens ?*

IX. *Que faut-il décider dans le cas où l'on aura ſtipulé que le douaire s'étendra ſur des biens ſitués dans des lieux qui ne donnent pas de douaire ?*

X. *Si des conjoints de notre Province sont convenus entre eux qu'ils ne pourront pas, pendant le mariage, s'avantager, même en usufruit, pourront-ils déroger à cette convention ?*

XI. *Que faut-il dire si c'est le pere qui, en dotant, fait cette stipulation ?*

XII. *Que décider si le pere n'est que présent à la stipulation ?*

I. APRÈS avoir traité des Statuts, en ce qui concerne la forme & la solemnité des actes, il faut présentement passer à ceux qui concernent la matiere & la substance de ces mêmes actes ; ce qui forme d'autant plus de difficulté, qu'un grand nombre de questions s'élevent à cette occasion, qui demandent une grande discussion. Je ne crois pas que l'on puisse jamais se tromper, en décidant qu'à l'égard des immeubles (car nous avons ci-devant dit très-amplement, qu'à l'égard des meubles, il falloit suivre la Loi du domicile) il faut considérer si les Loix de la situation admettent & autorisent, ou non, les conventions faites pour prévenir la contrariété des Loix réelles. Par exemple, s'il est convenu, par des conventions matrimoniales, que la dot sera répétée, conformément à la Loi d'un certain endroit qui ne sera pas celui du domicile du mari ; le Parlement de Paris, dans cette espece, a très-sagement décidé, que la convention devoit être exécutée, ainsi que Mornac l'atteste, *ad L. exigere dotem ff. de judiciis.*

II. Pourquoi cela ? C'est qu'il étoit permis dans le lieu de la situation, comme dans le lieu du domicile matrimonial, de faire une pareille convention : si, au contraire, par les Loix du lieu où les biens sont situés, il est porté que le douaire qui est à prendre sur les immeubles, n'excédera pas le tiers de ces immeubles, (laquelle limitation sembleroit devoir être admise parmi nous, eu égard à la dépravation des mœurs) il est certain qu'une convention par contrat de mariage, dérogeante à cette Coutume, ne seroit d'aucune efficacité quant aux biens qui y sont situés ; mais le douaire sera réduit aux termes prescrits par cette Coutume, parce que personne ne peut, par une convention particuliere, résister à une Loi publique négative, ou prohibitive. Voyez R. Chop. sur la Coutume, de Paris *lib.* 2, *tit.* 2, *n.* 15 & 22, vers la fin. Aussi

Burgundus, *tract.* 1, *n.* 51, a fort bien remarqué que, ſi les conjoints ont réciproquement apporté en mariage des biens ſitués ſous différentes Coutumes, le gain de ſurvie appartient, ou n'appartient pas au ſurvivant, ſelon les Coutumes où les biens ſe trouveront ſitués; de ſorte qu'il faudra ſuivre la Loi de la ſituation.

III & IV. C'eſt pourquoi, s'il a été convenu que la femme aura le douaire que lui donnent les Loix, cette convention ne ſera pas entendue du douaire preſcrit dans le lieu du mariage, ni de celui preſcrit par la Loi du domicile; mais bien de celui que les différentes Coutumes de la ſituation peuvent donner, comme l'a décidé le Parlement de Paris, ſelon Chopin, en l'endroit cité, *n.* 15; & ce qui a été décidé parmi nous, n'eſt pas contraire à ce que nous venons de dire; c'eſt à ſavoir, qu'un teſtateur ayant inſtitué pour ſes héritiers ceux qui devoient lui ſuccéder *ab inteſtat*, ces héritiers inſtitués n'étoient pas ceux appellés par la Loi du domicile du teſtateur; mais ceux appellés par les différentes Loix de la ſituation. Ces deux Jugements dont nous venons de parler, ſont-ils bien dans la regle? &, par rapport à ce dernier, nos Juges ne ſont-ils pas critiqués avec raiſon par Joan. à Sandé, *Deciſ. Friſ. lib.* 4, *tit.* 8, *defin.* 7? C'eſt ce que nous verrons ailleurs, parce que ces deux queſtions dégénerent en pure interprétation de volonté, & ne dépendent pas de la ſeule autorité de la Loi, & partant elles n'appartiennent pas au ſujet que nous traitons.

V. Voici encore une autre eſpece. Suppoſons que des habitants d'Utrecht ſoient convenus, dans leur contrat de mariage, qu'ils ſeroient régis par le droit de Hollande, la donation que l'un d'eux aura faite à ſon conjoint, des biens ſitués à Utrecht, où la faculté de ſe donner eſt très-réduite, & eſt reſtreinte à un ſimple uſufruit, ſera-t-elle bonne? La ſolution dépend de ſavoir ſi, par une convention, on peut ſouſtraire des héritages à la Loi prohibitive de leur ſituation, ce que nous avons nié tant de fois; car nous avons dit ſouvent, & nous le répéterons toujours, que les Loix du lieu exercent un empire abſolu ſur les héritages qui y ſont ſitués. Or, l'on ne peut pas, par des conventions particulieres, déroger à une prohibition publique, faite en faveur des héritiers légitimes; autrement les particuliers auroient le pouvoir d'empêcher que les Loix prohibitives du lieu ne les aſſujettiſſent. Et le Parlement de

Paris a suivi cet avis, comme le rapporte Chopin, *de Privil. rust. lib.* 2, *cap.* 2, *n.* 4.

VI. De-là on voit ce qu'il y a à répondre, lorsque, par des clauses matrimoniales, on est convenu que, nonobstant la Loi prohibitive du domicile des parties, il leur sera loisible de se faire des avantages; mais comme, sur cette question, tout le monde n'est pas d'accord, il faut la traiter un peu plus amplement. Il y en a qui prétendent que cette convention doit avoir son exécution.

Voyez Menochius, *cons.* 496, *n.* 109; Bocrius, *ad cons. Bituric. tit.* 8, §. 1, *n.* 6, *versic, sed qui si fiat*; Chassan. *de rub.* 4, §. 7, *in verb. nisi aliter*, *n.* 2; ce dernier cependant parle d'une Loi qui, en excluant la faculté entre conjoints de se donner, porte cette exception; si ce n'est que les conjoints en soient convenus autrement par leur contrat de mariage. Il y en a au contraire un grand nombre qui estiment que cette convention ne sauroit subsister. *Scipio Gentilis*, *lib.* 4, *de Donat. inter vir. & ux. cap.* 3; Argent. *ad cons. Britann. art.* 220, *gl.* 7, *n.* 1 & 2; Louet, en son Recueil, *lettre. M. cap.* 4, Molin, sur les Coutumes générales de Bourgogne, *chap.* des Droits & Appartenances, *art.* 26; & depuis, Goris, *in adverf. tract.* 1, *cap.* 6, *n.* 20, aux Notes dont il a enrichi cet Ouvrage, où il cite Charondas, en ses réponf. 13, *cap.* 86; & pour cet avis, nous avons un moyen victorieux que d'Argentré, cet homme si savant, tire de la Loi 4. C. *de Donationibus propter nuptias*, laquelle déclare sans effet tout ce que le fiancé donne à sa fiancée, sous cette convention que le Domaine ne lui en sera acquis, que lorsque le mariage aura été célébré; d'où, à plus forte raison, doit-on rejetter une donation dont on ne remet pas simplement l'accomplissement & l'exécution, mais que l'on remet même à faire après le mariage, qui est un temps prohibé; & c'est en conséquence de cette Loi que Godefroi & plusieurs autres nous ont donné cette maxime, qu'*il étoit égal de faire une chose dans un temps prohibé ou de remettre à la faire dans ce temps-là.*

Cependant, pour le dire en passant, ce n'est pas sans raison que d'Argentré est surpris que la Loi 4, ci-dessus, déclare nulle une donation qui, en soi, ne renferme d'autre condition que celle-ci qui est ordinaire, *si le mariage s'ensuit*: & le droit ne défend point de donner à sa fiancée, sous cette

condition, *L.* 1, *ff. de Donationibus*, §. 4, *Inſt. eod.* ſi ce n'eſt que nous oppoſions à d'Argentré qu'une donation ainſi faite, ſous la condition que le mariage s'accomplira, eſt parfaite dans ſon principe. Le donateur s'étant dépouillé de la choſe donnée, pour la répéter néanmoins dans le cas où le mariage ne s'accompliroit pas, comme n'ayant été donnée que pour une cauſe qui n'a point eu d'accompliſſement : au lieu que, dans l'autre eſpece, le Domaine n'eſt pas acquis ; mais l'acquiſition en eſt remiſe à un temps prohibé, c'eſt-à-dire, dans un temps où les conjoints ne peuvent plus ſe donner, la Loi ne permettant pas que, par des conventions particulieres, on déroge tellement au droit public, que l'on ſe réſerve la faculté de faire une choſe dans un temps où cette choſe n'eſt pas permiſe. *L. juris gentium*, §. *& generaliter. L. jus publicum* 38, *ff. de Pact. L. quod bonis* 14, §. *frater ad Legem falcid.* & c'eſt conformément à ces principes qu'Ulpien a dit très à propos que, ſi le fiancé a donné à ſa fiancée, de maniere néanmoins qu'il ne donne qu'après le mariage, telle donation tombe dans le cas de la prohibition de la Loi, *L.* 32, §. 22, *ff. de Don. int. vir. & ux.* Et il ne faut que ſentir la raiſon de la prohibition, pour être perſuadé de la nullité de toute convention qui porte réſerve de s'avantager : car, ſoit que cette prohibition ait eu pour motif, la tranquillité & l'honneur du mariage, qui eſt preſque la ſeule raiſon des Romains, ſoit que ce ſoit plutôt pour empêcher que des conjoints, par des libéralités outrées, ne faſſent un trop grand préjudice à leurs héritiers légitimes, l'une & l'autre de ces raiſons s'oppoſent à cette réſerve de pouvoir s'avantager pendant le mariage, & c'eſt ce qui a été jugé par notre Conſeil provincial, & unanimement arrêté dans un jugement de réviſion entre Charles Conſtants, du chef de ſa femme, ci-devant épouſe de Diemenus, Premier Préſident de la Compagnie des Indes, & Pierre de Gruyter & conſorts.

VII. Mais que ſeroit-ce, ſi un teſtateur avoit d'autres biens qui ne fuſſent pas ſoumis aux Loix de notre Province, & dont il eût droit de faire des libéralités, faudroit-il ſuppléer au ſurvivant, ſur ces biens, autant qu'il auroit été donné ou légué des autres biens prohibés ? *Joannes à Sandé, Déciſ. Friſic. lib.* 4, *tit.* 4, *defin.* 4, ſoutient très-ſavamment la né-

gative, & en rapporte Arrêt rendu en son pays ; &, si l'on décidoit autrement, la Loi prohibitive deviendroit absolument inutile & illusoire, & il ne faut pas repliquer que, si le testateur avoit pu prévoir que la libéralité qu'il exerçoit, devoit être sans effet, par rapport à la Loi de la situation, il auroit d'autant légué de ses autres biens qui n'auroient pas été assujettis à cette Loi, ensorte qu'il est juste que le conjoint survivant se récompense sur ces biens libres, de ce qu'il ne peut pas prendre dans les biens donnés ; mais si cette raison étoit recevable, il arriveroit que, toutes les fois qu'il auroit été légué ou ordonné quelque chose contre la disposition des Loix, ou au-delà de ce qu'elles permettent, ou même contre la forme prescrite, le légataire ne manqueroit pas de répondre aussi-tôt : nous avons ici la volonté certaine d'un homme qui veut donner ; il faut favorablement venir au secours de cette volonté ; & si l'on peut, par quelque voie, y satisfaire, soyons sûrs que le testateur a voulu qu'on s'en servît ; mais cette prétendue volonté certaine est très-obscure ; car il arrive souvent que des hommes font exprès des dispositions qu'ils savent ne devoir être d'aucune valeur, & cela pour se débarrasser des caresses intéressées, ou des persécutions de leurs femmes qui en veulent à leur succession.

VIII. Ce que nous venons de dire qu'il n'est permis à personne de faire une chose pour avoir lieu dans un temps prohibé, ou de remettre à la faire dans ce temps-là, doit s'entendre d'une maniere qu'il faille décider le contraire, dans le cas où la convention, contenue dans un contrat de mariage, auroit sa perfection entiere, sans que par la suite il fût nécessaire de faire aucun autre acte.

IX. C'est pourquoi, parmi nous, il est permis, par contrat de mariage aux conjoints, de nommer le survivant d'entr'eux pour héritier de la propriété même de tous leurs biens, ensorte que s'il étoit convenu que le gain de survie seroit pris généralement sur tous les biens, en quelque endroit qu'ils fussent situés, même dans un endroit qui n'accorderoit pas pareil gain de survie, nous soutenons avec Burgundus, *tract.* 1, *n.* 52, que le survivant auroit une action personnelle pour contraindre l'héritier à fournir ce gain de survie : car cette convention est valable & parfaite en elle-même ; & il n'est pas ques-

tion de faire un nouvel acte dans un temps prohibé ; il faut ſeulement attendre la mort de celui qui a accordé uu pareil gain pour être en droit de l'exiger.

X. Je me ſouviens que l'on demanda derniérement ſi des conjoints parmi nous, ayant ſtipulé dans leur contrat de mariage, qu'ils ne pourroient, en aucun cas, ſe donner l'un à l'autre l'uſufruit de leurs biens, ces mêmes conjoints pourroient néanmoins valablement ſe donner, ſuppoſé qu'ils jugeaſſent à propos par la ſuite de révoquer cette convention. Pluſieurs Juriſconſultes que nous étions, avons répondu, que la donation ſeroit bonne, parce qu'elle ne ſeroit pas contre nos Loix qui ne défendent pas ces ſortes de donations, quand elles ſont en ſimple uſufruit, enſorte qu'il faut raiſonner parmi nous de cette convention, comme ſi des Hollandois s'étoient interdit, par contrat de mariage, toute faculté de ſe donner pendant que, ſi je ne me trompe, il eſt libre en Hollande de s'écarter, par diſpoſition de derniere volonté, d'une pareille convention. Parmi nous, la raiſon, qui ne permet pas de révoquer les conventions matrimoniales, étant la crainte que cela ne dégénere en donation de propriété qui eſt défendue, cette raiſon ceſſeroit pareillement dans l'eſpece d'une donation en ſimple uſufruit. C'eſt pourquoi dans cette eſpece, je crois que le conjoint pourroit valablement changer de volonté. C'eſt ainſi que Chopin donne à entendre que le Parlement de Paris avoit jugé que des conjoints n'avoient pas pu, d'un conſentement mutuel, déroger à des conventions matrimoniales, parce que, ce qu'ils avoient fait, dégénéreroit en avantage indirect entre mari & femme, défendu par la Coutume, ſur la Coutume d'Anjou, *lib.* 3, *tit.* 2, *de Connub. bonor. conſort. n.* 22, *in fine.*

XI. Il faudroit pourtant décider autrement, ſi le pere, en dotant ſa fille, avoit ſtipulé que les conjoints ne pourroient s'avantager, pas même en uſufruit, étant permis à un chacun d'ajouter telle clauſe qu'il juge à propos, à ſa libéralité, *L.* 48, *de Pactis.* Mais que dira-t-on, ſi la femme s'eſt mariée du ſien, & qu'elle ait appellé ſes parents pour convenir des articles du mariage, comme il eſt d'uſage ? Il y a, ſur cette queſtion, une diſtinction qui eſt fort approuvée. Si la femme les a appellés pour les gratifier, ou leur procurer quelque avantage, il faut exécuter la convention écrite ; que ſi les parents

n'ont été appellés que pour régler, en son nom, les conventions, ou pour satisfaire à un certain usage, ou enfin pour leur marquer la considération qu'elle a pour eux, & on le présume toujours ainsi dans une femme qui se marie du sien, *L.* 72, *Mulier*, §. *ult. ff. de jure dotium*, nous répondrons, dans ce dernier cas, ainsi que nous avons répondu ci-devant, que la femme peut, comme elle le juge à propos, changer par la suite ses conventions matrimoniales, *D. L.* 72, *L. Seia de Dot. præleg. L. cùm quis nuptura de Leg.* 30; & les autres autorités rapportées par Costalius, *ad L. cùm maritus*, §. *mulier*, *ff. de Pact. dotal.* & étant consulté sur cette question, j'ai répondu, avec plusieurs autres, pour cet avis, non cependant sans avoir été fort balancé en ce que les conjoints avoient semblé vouloir, par leur convention, se procurer de la tranquillité pendant leur mariage, afin que chacun, content du sien, ne fût pas excité à fatiguer son conjoint, & à le molester jusqu'à ce que ce conjoint lui eût fait une donation, de sorte que ce motif de bien public a déterminé quelques-uns, avec assez de raison, à soutenir que la convention devoit être exécutée. Voyez Goris, dans ses Controverses, *tit.* 1, *cap.* 8. *n.* 7, outre que cette convention sert à empêcher les voies frauduleuses, & à prévenir la crainte de déplaire, qui est un motif assez ordinaire entre personnes si proches, de sorte qu'un seul regard de travers est un juste motif de crainte entr'elles. Mornac, sur la *L.* 26, §. 2, *ff. de Pactis dot.* dit de fort belles choses sur ce sujet.

OBSERVATION

OBSERVATION XLIII.

RODENBURGH agite dans ce chapitre, la queſtion de ſavoir ſi, dans le cas où l'on ne changeroit pas de domicile, il eſt permis de prévenir, par des conventions, la contrariété que les différents Statuts réels peuvent faire naître quant aux choſes qui font la matiere des contrats, & il décide pour l'affirmative, ſi ce n'eſt que la Loi de la ſituation fût prohibitive négative de la convention.

Cette déciſion eſt fort juſte; car les biens étant ſitués dans des lieux qui admettent & autoriſent la convention, ou qui ne la défendent pas, c'eſt-à-dire, dans ces lieux où, comme dit Burgundus, *Leges civiles ſunt indifferentes*, l'homme a une pleine liberté de s'arranger comme il le juge à propos; ce ſont des conventions *quæ pendent à voluntate partium*: que ſi au contraire la Loi de la ſituation eſt prohibitive, ce ſeroit aller contre la Loi qui régit les biens, ce qui n'eſt pas admiſſible.

La premiere eſpece que notre Auteur propoſe à ce ſujet, eſt celle où des conjoints ont ſtipulé, par contrat de mariage, que la dot immobiliaire ne ſe répétera que conformément à une certaine Loi qui n'eſt pas celle du domicile du mari, & il dit que, par Arrêt rapporté par Mornac, *ad L. exigere de Judiciis*, on a jugé en faveur de la convention; & que la raiſon de décider fut, (c'eſt notre Auteur qui parle), que la Loi du domicile matrimonial, & la Loi de la ſituation des biens autoriſoient cette convention.

Mornac, dans l'endroit cité, agite effectivement cette queſtion, *Si tabulis conventum ſit ut dos exigatur ſecundùm Conſuetudinem loci in quo domicilium non habeat maritus*; & il répond *ſtandum eſſe ejuſmodi pactioni*; & la raiſon qu'il en donne n'eſt pas celle de notre Auteur, mais bien la faveur des contrats de mariage, ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, *favore nimirùm contractûs matrimonii, qui pactiones omnes admittit*, ſans nous inſtruire ſi la Loi de la ſituation étoit ou n'étoit pas prohibitive de la convention; mais il paroît néceſſaire de préſuppoſer, comme fait Rodenburgh, que

la Loi de la ſituation ne s'y oppoſoit pas ; car la faveur des contrats de mariage ne ſauroit l'emporter ſur une Loi prohibitive.

Suppoſons, par exemple, que, ſuivant la Loi du domicile, la dot ſe répete dans un certain temps, & que la Loi, à laquelle les parties ſe ſoumettent, donne un temps plus conſidérable ; je ne ſais pas ſi cette eſpece peut être d'un grand uſage dans le pays coutumier ; car le général de nos Coutumes eſt que la dot doit être reſtituée auſſi-tôt après la diſſolution du mariage ; mais je n'en connois pas qui défendent d'en reculer la reſtitution, ſoit qu'elle conſiſte en meubles, ſoit qu'elle conſiſte en immeubles, & je ne vois aucun inconvénient d'en différer le paiement, du moins en payant les intérêts ; &, par rapport aux pays de droit écrit, la reſtitution ne s'en faiſoit anciennement, quant à la dot mobiliaire, que dans le courant de trois ans, & par tiers, *annuâ*, *binâ*, *trinâ die in quolibet anno* 3ª *pars ;* mais, par le droit du Code, la reſtitution s'en fait, ſavoir, dans l'année, quant à la dot mobiliaire, & quant à la dot conſiſtante en fonds, à l'inſtant de la diſſolution du mariage, ſuivant la Loi *unic. C. de rei uxor.*

Par les Loix 14, 15 & 16 du *ff. de Pact. dot.* il étoit permis d'avancer le temps de la reſtitution ; mais non pas de le reculer, *ut citeriore die reddatur, non longiore ;* & Me Charles du Molin, en ſon Conſ. 52, obſerve que, par le délai, *dos fit deterior*, & que telle paction *de jure non valet.*

Mais ſuppoſons diverſité de Loix à cet égard, dont les unes ordonnent plutôt ou plus tard la reſtitution de la dot après le décès du mari, pourroit-on convenir que la reſtitution s'en feroit uniformément & conformément à une ſeule & même Loi ?

Nous ne parlons que de la dot immobiliaire ; car, pour la dot mobiliaire, il n'y a pas de difficulté que la reſtitution d'icelle dépend de la Loi qui régit cette dot, ſoit que ce ſoit la Loi du domicile du mari, ſoit que ce ſoit celle du domicile de la femme, & que, ſi cette Loi eſt prohibitive de la convention, la convention eſt nulle.

Quant à la dot immobiliaire, il eſt certain que les conventions qui reculeroient cette reſtitution, feroient un avantage au mari ; mais je ne vois point de raiſon qui puiſſe em-

pêcher la convention, ſi ce n'eſt que la Loi de la ſituation fût prohibitive, comme elle paroît être en pays de droit écrit, où le moment de la reſtitution de la dot qui conſiſte en immeubles, eſt néceſſairement & de Loi, le moment de la diſſolution du mariage.

Cependant Henrys, *liv.* 4, *ch.* 3, *queſt.* 9, rapporte un Arrêt du 20 Mai 1617, qui a jugé la convention bonne; Me Bretonnier, en ſes Notes, n'approuve pas l'Arrêt.

Dans le cas où la convention ſera admiſe dans une Coutume, & prohibée dans une autre, il arrivera que, ſi la dot conſiſte en fonds répandus dans différentes Coutumes, partie ſera à rendre dans le temps porté par la Loi prohibitive, & partie dans le temps porté par la convention; mais cet inconvénient peut ſe rencontrer de lui-même dans le cas où il n'y auroit pas de convention, ſi la dot ſe trouvoit répandue dans les différentes Coutumes dont nous venons de parler. Ainſi j'eſtime que, nonobſtant cet inconvénient, il faut obéir aux Loix prohibitives de la ſituation, qui ont droit d'ordonner & de commander aux biens; & dans le cas où la femme redemanderoit ſa dot avant le temps marqué par la convention, & ce, conformément à la Loi de la ſituation, j'eſtime que les héritiers du mari ne pourroient exciper contre elle de la convention pour empêcher l'exécution de la Loi de la ſituation; la convention vient échouer contre la réalité du Statut prohibitif.

En général toutes ces queſtions ſe décident par la diſtinction d'entre les Coutumes prohibitives négatives de la convention, & celles qui ne ſont que négatives. C'eſt ce qui ſe fait ſentir dans la queſtion ſuivante.

Notre Auteur demande ſi un mari, ayant des biens au jour de ſon mariage ſujets au douaire coutumier, mais répandus en différentes Coutumes, dont les unes donnent à la femme la jouiſſance de la moitié, & les autres la jouiſſance du tiers, avec prohibition de ſtipuler une plus forte portion, la convention d'un plus fort douaire pourroit ſubſiſter, & il répond qu'il ſeroit réductible, attendu la prohibition de la Loi de la ſituation. J'ai traité cette queſtion, *obſerv.* 37.

Il parle enſuite des gains de ſurvie, & j'en ai traité, *obſerv.* 38.

Il agite encore cette autre queſtion. Des conjoints ſe ma-

rient domiciliés dans une Coutume qui, avant leur mariage, leur permet toutes ſortes d'avantages entr'eux ; mais qui les leur défend directement ou indirectement pendant leur mariage, ou qui ne les permet qu'en ſimple uſufruit, ou même en uſufruit de certains biens ſeulement. Ces conjoints ont leurs biens ſitués dans le lieu de leur domicile, & ils ſtipulent entre eux par le contrat de mariage, que conformément à une Coutume, à laquelle ils ſe ſoumettent, & qui le permet, ils pourront, pendant leur mariage, ſe donner ces mêmes biens, cotre la prohibition de la Coutume de leur domicile. Notre Auteur demande ſi cette convention ſeroit bonne, & ſi la donation qui ſeroit faite en conſéquence pendant le mariage, auroit lieu. Il dit que les Auteurs ſont partagés ; mais il décide pour la négative par ces principes, 1°. que l'on ne peut pas déroger à une Loi prohibitive ; 2°. qu'il eſt égal de faire une choſe dans un temps prohibé, ou de remettre à la faire dans ce temps-là, & telle eſt notre Juriſprudence.

Si ces mêmes conjoints, mariés en Coutumes prohibitives, avoient leurs biens ſitués en Coutumes permiſſives, & que, par convention, ils ſe fuſſent réſervé la faculté de ſe donner, en ce cas, les conjoints ſe faiſant donation conformément à la Coutume de la ſituation des biens, cette donation ſeroit valable ; mais ce ne ſeroit pas en vertu de la réſerve qu'ils auroient faite par leur contrat de mariage, mais en vertu de la Loi de la ſituation, puiſque, ſuivant cette Loi, la donation ſeroit valable, encore même qu'ils ne ſe fuſſent pas réſervé cette faculté.

Que ſi les conjoints étoient convenus, au contraire, par leur contrat de mariage, que nonobſtant toutes Coutumes, mêmes permiſſives, ils ne pourroient s'avantager en quelque Coutume que ce puiſſe être, notre Auteur décide qu'ils pourroient néanmoins s'avantager, quant aux biens ſitués dans les Coutumes qui le permettent, & qu'il l'avoit réſolu ainſi avec pluſieurs Juriſconſultes, par la raiſon que ce que feroient les conjoints, ne ſeroit pas contraire à la Loi de la ſituation, puiſque nous la ſuppoſons permiſſive ; & que la crainte de déroger aux conventions matrimoniales, pour ne pas tomber dans le cas de l'avantage indirect, ceſſeroit dans ce cas, la Loi permettant la donation.

Mais nous n'adopterions pas, dans nos mœurs, cette déci-

ſion ; les contrats de mariage ſont ſacrés parmi nous. C'eſt ordinairement le concert de deux familles, & c'eſt du moins un contrat qui fait une regle, & eſt une Loi irrévocable pour les conjoints & pour leurs parents ; enſorte qu'encore que les conjoints, pleinement majeurs, euſſent arrêté entre eux ſeuls leurs conventions matrimoniales, ils n'y pourroient encore déroger depuis leur mariage. Il importe trop à la tranquillité générale des mariages, que ce qui a été une fois arrêté par des conjoints, entre eux ſeuls ou avec leurs parents, ſoit ſtable & permanent. *Standum pactis præſertim nuptialibus quæ majori ſolemnitate magisque ſeriò fiunt, & ſpeciali favore pollent*, Mol., *Conſ.* 15, *n.* 5. Voyez Louet & Brodeau, *Lett. M. Somm.* 4. Mais à cette raiſon générale, il en faut ajouter une autre particuliere, qui eſt, qu'il n'y a pas d'inconvénient que des conjoints renoncent à un bénéfice que leur offre la Loi, & qu'il y en auroit un très-grand de ſe donner une faculté & un bénéfice qu'elle nous refuſe, non-ſeulement avec négation, mais encore avec prohibition.

Voici une eſpece qui va faire ſentir combien les contrats de mariage ſont ſacrés parmi nous, & combien on les ſuit à la rigueur.

Dans la Coutume d'Artois, il y a, de droit, communauté entre conjoints, *art.* 134, 139.

Dans cette même Coutume, l'homme ne peut avancer ſa femme, ni la femme ſon mari, par diſpoſition teſtamentaire, ni autrement, *art.* 89.

Néanmoins, dans cette même Coutume, le mari peut convenir, en faiſant quelques acquêts, que ce ſera pour lui & ſa femme, le dernier vivant, tout tenant, & n'eſt par ce, dit la Coutume, réputé avoir avancé ſadite femme, *art.* 120.

His poſitis, des conjoints ſe marient en Artois, & ſtipulent par leur contrat de mariage, que les effets de la Communauté ſeront partagés par moitié.

Le mari, pendant le mariage, acquiert des biens en Artois, pour lui & pour ſa femme, le dernier vivant, tout tenant. Queſtion ſi le ſurvivant aura le tout. Il ſembleroit d'abord que l'on devroit décider pour l'affirmative, & j'avouerai ingénument que je l'aurois penſé ainſi. La Coutume d'Artois, en l'*art.* 120, permet au mari, étant en communauté avec ſa femme, d'acquérir pour le dernier vivant, & n'eſt telle ac-

quisition réputée avantage ; le partage par moitié, convenu par le contrat de mariage, ne sembleroit pas être une dérogation à l'*art.* 120, les Parties n'avoient fait qu'exprimer l'opération, qui est la suite naturelle de la communauté d'entre conjoints, & qui consiste dans un partage par moitié ; mais de la même maniere qu'en stipulant une communauté en Artois, on n'est pas censé déroger à l'*art.* 120. aussi, en marquant l'effet de cette communauté, & la maniere légale de la partager, n'est-on pas censé y déroger pareillement.

Néanmoins jugé, dans ce cas, pour le partage par moitié, à cause de la clause précise du contrat de mariage, & non-obstant la clause de dernier vivant, tout tenant, portée par le contrat d'acquisition ; & ce, par trois Arrêts, l'un du 27 Mars 1706, au rapport de M. l'Escalopier, à la troisieme ; le second, au rapport de M. le Fevre, à la cinquieme, du premier Septembre 1703 ; & un troisieme du 13 Mai 1707, au rapport de M. Feydeau. Tout cela, dit M. Maillard, qui les cite sur l'*art.* 120, *n.* 15, 16 & 17, fondé sur l'inaltérabilité des conventions matrimoniales.

Il faut donc regarder comme un principe, que l'on ne peut déroger aux conventions matrimoniales.

Aussi notre Auteur, qui estime le contraire, est-il obligé d'excepter le cas où la fille auroit été dotée par son pere, qui auroit stipulé que les conjoints ne pourroient s'avantager.

Sa décision générale ne doit donc être admise que pour le cas où la fille se seroit dotée elle-même, & où ses parents n'auroient signé que par honneur au contrat ; mais cela n'est nullement de nos mœurs, parce que (on le répete) les contrats de mariage sont des Loix dans les familles, & il n'est plus possible d'y toucher, dès que le mariage est célébré.

On pourroit, avec quelque raison, accorder qu'entre majeurs, qui sont absolument maîtres de leurs conventions, ils pourroient, après avoir signé un premier contrat de mariage, de l'agrément même de la famille, en refaire un second entre eux seuls avant que de se marier, anéantir le premier, & changer les conventions ; mais cela ne se peut plus aussi-tôt que le mariage est célébré. Le contrat en est irrévocable par la crainte de l'avantage indirect dans plusieurs Coutumes, & dans toutes, afin que les conjoints, du jour de leur mariage,

puiſſent vivre enſemble tranquillement ſous la foi de leurs conventions, & que le ſort des familles ne ſoit pas toujours vacillant.

Il m'a paſſé par les mains une affaire aſſez ſinguliere. Deux futurs conjoints pleinement majeurs, & domiciliés à Paris, y avoient fait deux contrats de mariage, l'un du 2 Mai 1692, contenant excluſion de communauté, & l'autre du 5 deſdits mois & an contenant communauté de biens avec déſiſtement du premier contrat que les parties conſentoient être nul & de nul effet. La femme, durant le mariage, avoit agi en quantité d'actes, dans la qualité de non commune, elle avoit fait des acquiſitions en cette qualité, & c'étoit le mari qui mettoit toutes ces acquiſitions ſous le nom de ſa femme, parce qu'il étoit dans le commerce, & qu'il n'étoit pas autrement bien dans ſes affaires : quand ils avoient beſoin de faire voir qu'ils étoient communs, ils faiſoient uſage du ſecond contrat; & la femme, dans quelques actes, s'étoit dit commune, & ils faiſoient uſage du premier dans le cas contraire; & avec ces deux contrats, ils avoient joué, pendant leur mariage, tous ceux qui avoient eu affaire à eux. Le mari mourut le premier, délaiſſant deux filles. La veuve qui avoit intérêt de profiter de toutes les acquiſitions qui avoient été faites pendant le mariage ſous ſon nom, & de ne point payer les dettes de ſon mari, repréſenta à ſes enfants le premier de ces contrats; mais quelqu'un les avertit du ſecond. Cela forma, entre la mere & les enfants, une aſſez groſſe conteſtation ſur laquelle les parties tranſigerent. La mere ſe reconnut commune, & faute d'inventaire, & attendu la minorité de ſes enfants, elle compta avec eux ſur le pied d'une continuation de communauté, & cet arrangement me paroît juſte. Le ſecond contrat détruiſoit le premier, & étoit conforme à la Loi.

Mais la difficulté ſeroit plus grande ſi des conjoints mariés en Coutumes permiſſives, étoient expreſſément convenus qu'ils pourroient s'avantager des biens qu'ils acquerroient pendant leur mariage, & qu'ils vinſſent à acquérir dans des Coutumes prohibitives. Ces conjoints pourroient-ils ſe faire des avantages des biens ſitués dans ces Coutumes, attendu la convention qui étoit licite en elle-même, & que les biens, qu'ils ont acquis, quoique ſitués en Coutu-

mes prohibitives, se trouvent, *initio inspecto*, affectés de la convention ? mais je ne le croirois pas encore. Les conjoints ont pu faire la convention dans le principe, & ils pouvoient acquérir dans des lieux où la convention auroit été valablement exécutée. Il y a plus, sans convention préalable, ils auroient encore pu se donner, si les biens avoient été situés en Coutumes permissives ou simplement négatives ; mais se trouvant en Coutumes prohibitives, ils ont à s'imputer d'avoir acquis en ces Coutumes, & d'avoir, par leur acquisition qui de droit renferme même une soumission à la Loi de la situation, mis un obstacle à ce qu'ils s'étoient réservés de faire.

Autre chose seroit, si les conjoints s'étoient donné, par contrat de mariage, toutes les acquisitions qu'ils feroient ensemble, & que par la suite ils fissent des acquisitions en des Coutumes prohibitives négatives de toutes donations entre conjoints pendant leur mariage; car dans cette espece, les conjoints ne se réservent pas une simple faculté de se donner pour consommer cette faculté *tempore prohibito ;* mais ils se donnent réellement, *dispositio statim ligat*, & par conséquent ils ne sont pas dans le cas de la prohibition de la Coutume qui ne parle que des donations postérieures au mariage; au lieu que, quand les conjoints ne se sont pas donné actuellement, & n'ont fait que s'en réserver la faculté, il est vrai de dire que, venant à se donner par la suite, ce n'est que de ce jour que la donation a lieu. Cette donation est postérieure au mariage, & dès-lors il faut que les conjoints se soumettent aux Loix qui régissent les biens au moment de la donation, parce qu'en ce moment la Loi de la situation les a devancés, & qu'ils ne peuvent que ce que cette Loi leur prescrit.

Notre Auteur demande encore si, un testateur ayant disposé de certains biens au-delà de ce que permettoit la Loi, & la disposition souffrant des réductions à cause de la Loi de la situation, il faudra suppléer sur les biens libres, & il décide pour la négative.

Mais cette décision ne me paroitroit pas être sans difficulté, s'il s'agissoit de donations entre vifs, comme dans ces actes & dans tous autres contrats ; les parties sont présumées avoir bien médité leurs conventions, elles sont aussi présumées n'avoir voulu que ce qui est nommément écrit dans les contrats.

Ainsi

Ainſi ce qu'elles ont écrit eſt pris à la rigueur, & ce qu'elles ont écrit, étant contraire à la Loi, ne ſauroit ſubſiſter.

Au contraire les actes teſtamentaires ſont ſujets à interprétation. On préſume qu'un homme, dans l'abattement, ou de la maladie, ou de la penſée de la mort, n'a pas fait des réflexions aſſez ſérieuſes ſur la nature de ſes biens; mais on trouve une volonté certaine de léguer & de gratifier, & comme cette volonté ne doit pas être infructueuſe dans un teſtateur dont les volontés ſont toujours interprétées largement & favorablement, ſur-tout quand il a des biens ſur leſquels elles peuvent être exécutées, pluſieurs veulent qu'il ſoit dû à un légataire d'un effet prohibé, récompenſe ſur les effets libres, ſous les modifications ſuivantes.

La premiere eſt de ne donner cette récompenſe que contre l'héritier qui profite des biens libres, ou contre le légataire univerſel.

La ſeconde, de ne point la donner contre un légataire de corps certain, qui ne peut être garant du legs réductible, ni même contre un héritier qui ne profite dans les propres que de la quotité qui lui eſt réſervée, comme une légitime, par la Coutume de la ſituation. V. Ricard, *des Donations*; Auzannet & Dupleſſis, *art.* 92, de Paris, & ces modifications concilient quantité d'Arrêts qui paroiſſent oppoſés.

Suivant ce premier avis, un homme a des meubles, des acquêts & des propres : il pouvoit léguer ſes meubles & acquêts, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, & ne pouvoit léguer que le quint ou le tiers de ſes propres. Cependant il ne diſpoſe, ni de ſes meubles, ni de ſes acquêts; mais il legue l'uſufruit de tous ſes propres. Le légataire ſera en droit de jouir en nature, de l'uſufruit du quint ou du tiers des propres, dont le teſtateur pouvoit diſpoſer, & pour le ſurplus, il ſera bien fondé à demander l'exécution du legs contre l'héritier qui a la propriété des meubles & des acquêts, ſi l'uſufruit d'iceux peut le fournir.

D'autres au contraire prétendent que, lorſque le teſtateur a légué taxativement & limitativement un effet prohibé en tout ou partie, le legs eſt inutile en tout, ou réduit à la quotité permiſe ſans aucune récompenſe. *Teſtator fecit quod non potuit.*

De-là ils concluent, 1°. que ſi le teſtateur a légué l'uſu-

fruit de tous ſes propres, cet uſufruit doit être réduit à l'uſufruit de la quotité permiſe dans les propres. 2°. Qu'il ne doit être accordé aucune récompenſe ſur la propriété de ladite quotité, ni même ſur les autres effets libres du teſtateur, à moins qu'il n'y ait une volonté bien marquée du contraire, & il ne paroît pas que, ſur cette queſtion, il y ait aucune déciſion certaine. On peut conſulter ſur le pour & le contre d'Argentré, *art.* 433 de l'ancienne Coutume de Bretagne, *gl.* 3, *n.* 2, 3 & 4, & *art.* 218, *gl.* 5, *n.* 32, & *art.* 254; le Grand, ſur l'*art.* 85 de la Coutume de Troyes, *gl.* 3; Chopin, *de Privil. ruſt. liv.* 3, *ch.* 7; des Teſt. ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 4, *n.* 16, & ſur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 3, *tit.* 1; Carond. *art.* 292 & 295 de la Coutume de Paris; & Reponſ. 47, & *liv.* 2, *ch.* 13; *pandect. verbo* uſages; le Let, & Conſtant, *art.* 203 de la Coutume de Poitou, & additions, ſur *art.* 209; Pithou, *art.* 95 de la Coutume de Troyes; du Mol. §. 92, *n.* 3, & §. 93, *n. ult.* le même, ſur Montargis, *ch.* 12, des Donat. *art.* 2, ſur Rheims, *art.* 263, ſur Auvergne, *art.* 41, *tit.* 12; l'Arrêt du 20 Janvier 1632, celui du 12 Juin 1652, & celui de 1667; Journ. des Audiences, & 3 Avril 1699, rapporté ès Arrêts du Royaume; Bechet, ſur les Uſances de Xaintonges, *tit.* 7, *art.* 61; Coquille, *ch.* 33; des teſtaments, *art.* 1; Tiraqueau, *de rel. liv.* 1. *gl.* 7, *n.* 41; Mornac, *ad L. quoniam*, 32, *Cod. inoff. teſt.* & *ad L. omnium bonorum ff. de Uſuf.* Chaſſeneuz *rubr.* 7, des Succeſſ. §. 4, *verbo* de deux parts; Peleus, *quæſt.* 66; la Roche Flavin, *liv.* 2, *lettre* M, *tit.* 4, *art.* 3, Fachin, *L.* 5, *ch.* 47, *controv.* Bacquet, des Droits de Juſt. *ch.* 21, *n.* 162; Robert, *rerum judic. l.* 3; Brod. ſur Louet, *lettre* V, *n.* 8, Guerin, ſur Paris, *art.* 292; Coutume de la Rochelle, *art.* 43 & celle de Saint Jean d'Angeli, *art.* 71; Pallu, *art*, 233, de Tours; Bouchel, *art.* 84 & 85 de la Coutume de Valois; Lebrun, des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 4, *n.* 5.

Notre Auteur, qui s'eſt déterminé contre les récompenſes, dit, entr'autres raiſons, que des hommes font exprès des diſpoſitions qu'ils ſavent n'être d'aucune valeur, & cela pour ſe débarraſſer des careſſes & perſécutions de leurs femmes. En cela, il parle d'après Me Charles du Mol. ſur l'*artic.* 263 de la Coutume de Rheims. *Videtur illectus facile conceſſiſſe quod ſciebat invalidum;* mais ce parti eſt ſi extraordi-

naire, que cela ne doit pas raiſonnablement ſervir de motif général de déciſion.

Il eſt bon même de remarquer que, dans les actes entre vifs, il faut diſtinguer entre les choſes, & les ſommes qui ſont à prendre ſur les choſes. Si, par exemple, la choſe étant dans la convention, eſt prohibée, c'eſt, ſi l'on veut, un effet que l'on donne ou que l'on vend, qui ne peut être ni donné, ni vendu; pour lors la donation ou la vente eſt nulle, *Lege prohibente;* mais on donne cent piſtoles à prendre ſur un bien prohibé, dans ce cas, la donation eſt bonne, ſi d'ailleurs la perſonne eſt capable de recevoir; cette donation ne pourra pas, à la vérité, s'exécuter ſur le bien prohibé; mais elle s'exécutera ſur les biens libres. Il n'y a que la démonſtration qui ſoit viciée, & non la choſe en elle-même, & c'eſt la déciſion de notre Auteur qu'il applique à une convention de gain de ſurvie qui ſeroit à prendre ſur tous les biens, dont aucuns ſeroient ſitués en Coutumes prohibitives, parce que, dit-il, cette convention engendre une action perſonnelle qui met en état de ſe venger ſur les biens libres.

Suit, dans notre Auteur, la queſtion de ſavoir ſi un teſtateur, ayant inſtitué héritiers ceux qui devoient lui ſuccéder *ab inteſtat*, il a eu en vue les héritiers de ſon domicile, ou ceux de la ſituation, & il remet cette queſtion à traiter ailleurs, comme dépendante de l'interprétation de la volonté, & étant une pure queſtion de fait. Hertius, *ſect.* 4, *n.* 24, agite cette même queſtion. *Teſtator, quos ab inteſtato habiturus erat, hæredes ſcribit : jam quæritur an ſcripti intelligantur quos vocat Lex ubi defunctus domicilium habuit, an quibus loci cujuſque ubi bona hæreditaria ſita ſunt, jura facient;* & il adopte le ſentiment de Joann. à Sandé, qui décide pour la Loi du domicile, fondé ſur la préſomption que telle eſt la volonté du teſtateur. *Reſpondit rectè Joann. à Sandé, liv.* 4, *tit.* 8, *def.* 7, *magis voluntatis quàm juris hanc eſſe quæſtionem, in dubio ſpectandam eſſe conſuetudinem regionis in qua teſtator verſatus eſt, & credi teſtatorem ſe potiùs conformaſſe Statuto patriæ ſuæ quod ſcivit, quàm juri ſcripto, aut Statutis aliorum locorum, quæ veriſimiliter ignoravit, itaque Statutum loci ubi defunctus habitavit, ad bona ubicumque ſita ſe ex voluntate ejus extendere.*

Quelques autres, au contraire, prétendent qu'il faut ſuivre les Loix des différents lieux de la ſituation, parce qu'il y a autant de patrimoines, qu'il y a de biens répandus dans différentes Coutumes, & que le teſtateur eſt préſumé avoir enviſagé toutes ces différentes Coutumes, n'avoir voulu que ce qu'elles vouloient, & s'y être entiérement référé.

Quant à moi, les raiſons de ce dernier avis me paroiſſent plus fortes & plus déciſives.

TITRE QUATRIEME.*

Des conventions faites pour obvier à la diversité des Loix dans le cas du changement de domicile.

*Traduit du Latin de Rodenburgh.

CHAPITRE PREMIER.

De l'effet des conventions par rapport aux Statuts personnels.

SOMMAIRE.

I. *La convention que le mari ne pourra changer de domicile, sans le consentement de sa femme, est-elle valable?*

II. *Le sera-t-elle, s'il est simplement dit qu'il ne pourra aller demeurer dans un certain lieu?*

III. *Que faut-il dire s'il y a une peine convenue, en cas que le mari contrevienne à la convention?*

IV. *Que faut-il dire si la femme a intérêt de ne point demeurer ailleurs, comme dans le cas où le mari, domicilié à Utrecht, iroit demeurer en Hollande?*

V. *S'il est convenu, entre des conjoints Hollandois, que la femme aura sa dot franche & quitte de toutes dettes, & qu'ensuite ils aillent demeurer à Utrecht, cette convention nuira-t-elle aux créanciers, qui, après la mort du mari, voudront agir contre elle, pour raison des dettes contractées à Utrecht?*

VI. *Que si ces conjoints retournoient dans leur premier domicile, & que le mari y mourût, cette convention pourra-t-elle nuire aux créances contractées à Utrecht?*

VII. *Le pouvoir d'obliger sa femme, vient du droit de communauté, ou de la puissance maritale.*

VIII. *Si des conjoints d'Utrecht vont demeurer en Hollande, pourra-t-on agir valablement contre la femme, après le décès de son mari, pour raison d'une dette qu'elle aura contractée parmi nous, à l'insu de son mari?*

IX. *La femme ne sera-t-elle tenue que pour moitié de la dette de son mari?*

X. *Si une femme Hollandoise qui a contracté en Hollande, sous l'autorité de son mari, venant demeurer ensuite parmi nous, pourra être actionnée personnellement après la mort de son mari.*

NOUS avons traité, dans le Titre précédent, les questions qui peuvent naître de la différence des Statuts, tant personnels que réels, dans le cas où la personne a toujours continué le même domicile. Il nous reste, suivant l'ordre que nous nous sommes prescrit, d'agiter, dans celui-ci, ces mêmes questions, pour le cas où il y a changement de domicile. C'est pourquoi nous demanderons d'abord, pour premiere question, qui servira de Préliminaire à ce qui nous reste à dire par la suite, si l'on peut, & jusqu'à quel point l'on peut, par quelque convention particuliere, gêner, ou s'interdire la liberté naturelle que l'on a de changer de domicile; &, en premier lieu, il est convenable d'examiner si, dans un contrat de mariage, on peut stipuler que la femme ne sera pas obligée de suivre son mari, en cas qu'il voulût transporter son domicile ailleurs, &, par cette convention, aller au-devant des contestations que peut faire naître le changement de domicile; & en second lieu, en supposant un changement de domicile, & que l'on soit convenu que pour régler le droit des conjoints, on suivra la Loi d'un certain lieu, quel sera l'effet de cette convention?

Nous avons ci-devant traité la question de savoir, si la femme est obligée de suivre son mari, qui veut aller demeurer ailleurs, & jusqu'où cette déférence peut l'engager; & nous demanderons présentement, si étant convenus, par contrat de mariage, que le mari ne pourra changer de domicile sans le consentement de sa femme, cette convention est bonne & valable? Il y en a qui pensent qu'une pareille con-

vention répugne à l'autorité du mari, qui a droit de se choisir un domicile, & qu'elle blesse la considération & le respect qui lui sont dûs; & de ce sentiment sont, Covarruvias, *de Matrim. part.* 2, *chap.* 7, *n.* 5 & 6; & Masuere *de Nuptiis*, *pag.* 335; & Tuldenus, cet homme si sçavant, ne paroît pas éloigné de cet avis, *ad tit. C. de nupt. n.* 4, puisqu'il se détermine contre la validité de cette convention, par la raison qu'elle donne atteinte à la liberté naturelle, par argument pris de la Loi *Titio* 71, §. 2, *ff. de cond. & demonst.*

D'autres, au contraire, prétendent que la convention doit avoir un plein & entier effet, si ce n'est que depuis le mariage il survienne quelque raison puissante qui exige le changement de domicile. Pour moi, voici ce que j'estime : encore que la puissance maritale ne puisse pas être entiérement détruite, cependant rien n'empêche qu'elle ne soit mitigée & limitée dans certains cas. C'est ainsi que le Droit naturel lui-même, tout stable, tout immuable qu'il est, a néanmoins ses bornes, dans quelques occasions particulieres; & c'est delà qu'il est très-ordinaire, dans les contrats de mariage, de stipuler que le mari n'aura pas l'administration des biens de sa femme, ou ne l'aura que pour partie, ou que le mari ne pourra pas obliger sa femme, qui sont cependant les effets, soit naturels, soit civils, de la puissance maritale; mais j'en parlerai plus amplement en son lieu. Cependant la plainte de ceux qui prétendent qu'une pareille convention gêne, contre tous les principes, la liberté naturelle, n'est pas absolument à rejetter; car il est bien certain que, suivant la Loi *Titio*, ci-dessus citée, la condition imposée à un légataire, de demeurer toute sa vie dans un lieu, est rejettée, comme contraire à la liberté. C'est pourquoi je ne voudrois pas accuser d'erreur ceux qui disent que le mari ne pourroit être rigoureusement contraint à suivre la convention, parce qu'autrement il seroit donc obligé de passer ses jours dans le même lieu, comme s'il étoit attaché à la glebe. Mævius, *ad jus Lubecens. lib.* 1, *tit.* 5, *art.* 10, *n.* 66, cite plusieurs Auteurs qui sont de cet avis, & il l'embrasse lui-même; je penserois, sans difficulté, tout autrement de la convention par laquelle un mari se seroit obligé de ne point aller demeurer dans un certain lieu sans le consentement de sa femme; car la premiere convention ôte absolument toute liberté d'aller demeurer

ailleurs ; mais celle-ci ne fait que gêner la liberté, par rapport à un lieu ſeulement, le mari pouvant au ſurplus aller demeurer dans tout autre endroit que celui qui eſt excepté par la convention. Mais qu'arriveroit-il ſi la femme avoit oppoſé une peine à la convention ? comme, par exemple, lorſque, prévenue d'inclination pour le lieu où elle a pris naiſſance, elle ſe marie ſous cette condition, que ſon mari ne pourra pas aller demeurer dans un autre endroit, & qu'en cas de contravention, elle ſtipule une peine : les femmes riches qui font la fortune de leurs maris, ſont ordinairement jalouſes de ces conventions.

Il eſt vrai que nous liſons par-tout que la fidélité due aux conventions matrimoniales, eſt inconteſtablement ſupérieure à celle que l'on doit à tous autres contrats ; d'où a été formée cette maxime, que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, ſuivant le témoignage de Mornac, ſur la Loi *Exigere dotem, ff. de judiciis ;* que cette fidélité exige du mari, qu'il ne ſe détermine pas, ſans de bonnes raiſons, à changer de domicile, & qu'autrement, il eſt juſte qu'il ſubiſſe la peine qui a été ſtipulée ; mais s'il ſurvient quelque nouveau motif raiſonnable qui oblige le mari d'aller demeurer ailleurs, il faut dire que, dans ce cas, il peche plutôt contre la lettre des conventions, que contre l'intention des Parties : car ces ſortes de conventions doivent être entendues raiſonnablement, & de maniere qu'une juſte cauſe en ſoit toujours exceptée ; comme, par exemple, ſi un mari, à cauſe de la tyrannie du gouvernement, de ſa mauvaiſe ſanté, de l'intempérie du ciel, ou de l'expoſition mal-ſaine du lieu, ſe trouvoit obligé de changer. Par ce tempérament d'équité, il n'arrivera point de donner atteinte à la liberté naturelle du mari, contre ladiſpoſition de la Loi ci-deſſus, 71 ; & de l'autre, on ne violera pas impunément la foi des contrats : mais ſi, outre l'attachement que la femme peut avoir pour le lieu de ſa naiſſance, elle avoit encore intérêt de ne pas changer de domicile, je crois que, dans ce cas, le mari ſeroit tenu d'indemniſer ſa femme du tort qu'elle pourroit ſouffrir de ce changement : & tout ce qu'a écrit Gomés, *Reſol. tom.* 2, *cap.* 10, *n.* 24, & de Prætis, *de interp. ult. vol. lib.* 4, *n.* 1 ; *dub.* 8, *n.* 55, appuie ce ſentiment, quelque choſe que Barry ait dit au contraire, *de Succeſ. lib.* 17, *tit.* 19, *ſub n.* 1.

Par

Par exemple, si un mari s'en va de la ville d'Utrecht, demeurer en Hollande où les Loix permettent toutes sortes d'avantages entre maris & femmes, pendant qu'à Utrecht ils ne peuvent se donner que par donation mutuelle, & en usufruit; ou bien si ce mari va demeurer dans un endroit où il lui est permis de vendre les biens de sa femme, ce qui n'est pas permis, parmi nous, au mari qui n'a point d'enfants; ou si le mari, n'ayant pas dans le lieu où le mariage est contracté, le pouvoir d'obliger sa femme, & qu'il l'ait ailleurs où il la veut emmener; il sera juste, dans ces cas, qu'en laissant au mari la liberté de changer de domicile, il indemnise néanmoins sa femme ou ses héritiers du tort que ce changement peut occasionner, parce que la convention, dont nous parlons, a bien moins pour objet de gêner la liberté du mari, que d'empêcher qu'il soit fait aucun préjudice à la femme, & de procurer le bien de celle qui se marie: or les contrats de mariage sont susceptibles de ces sortes de vues. Enfin, pour le dire en deux mots, que le mari ait toute la liberté d'aller demeurer où bon lui semble; mais que ce ne soit jamais au préjudice de sa femme.

En voilà bien assez sur le pouvoir qu'a le mari de changer de domicile. Voyons présentement, en suivant toujours notre matiere, si l'on peut, & comment l'on peut prévenir, par contrat de mariage, les difficultés qui naissent de la contrariété des Statuts, soit personnels, soit réels, & parlons d'abord des Statuts personnels; car nous nous sommes proposés de suivre dans cette seconde partie, l'ordre des Chapitres précédents.

Nous avons dit qu'un des effets de la puissance maritale, est d'assujettir la femme à toutes les dettes que son mari peut contracter. Que répondrons-nous, si une Hollandoise stipule que sa dot lui sera conservée, & sera exempte de toutes les dettes que pourra contracter son mari, laquelle stipulation est autorisée par les Loix de Hollande, pourvu que la femme renonce aux conquêts, suivant que l'atteste Neostad. *de Pact. antenupt. obs. 9*; & nouvellement Groenewegen, sur la Loi 30, C. *de Jure dotium*, & que depuis les conjoints changeant de domicile, aillent demeurer à Utrecht, & que là le mari ait contracté des dettes, la femme pourra-t-elle, arrivant la dissolution du mariage, se défendre de payer aux

créanciers les dettes contractées à Utrecht ſur le fondement de la convention ci-deſſus ? Pour moi, je ne le crois pas ; car il faut bien diſtinguer l'intérêt des conjoints d'avec l'intérêt des créanciers. Lorſque la femme demandera d'être acquittée par les héritiers du mari, elle ſera bien fondée, parce qu'à Utrecht même, la convention eſt bonne entre conjoints ; mais ſi elle vouloit être quitte envers les créanciers, il n'en ſeroit pas de même ; car, parmi nous, nous n'autoriſons pas que, par des conventions particulieres paſſées entre conjoints, on puiſſe préjudicier à des créanciers en faveur deſquels notre Juriſprudence eſt de donner une action ſolidaire, tant contre chacun des conjoints, que contre leurs héritiers, ſi ce n'eſt qu'en vertu de l'ordonnance du Juge, ces ſortes de conventions aient été publiées & enrégiſtrées dans un tableau public, & dont nous parlerons ailleurs.

C'eſt pourquoi il faut dire qu'encore que, de cette convention matrimoniale, il en naiſſe une obligation perſonnelle entre les contractants qui les aſſujettit l'un & l'autre à exécuter ce dont ils ſont convenus ; cependant cela ne doit pas tourner au préjudice & au détriment d'un tiers & des créanciers qui ont eu juſte cauſe d'ignorer la convention, & à qui il ſuffit d'avoir contracté ſelon les Loix du domicile de celui avec qui ils contractent, leſquelles Loix décident de l'état & de la condition de la perſonne.

Parlons préſentement d'une autre queſtion qui approche fort des précédentes. Des Hollandois contractent mariage en Hollande, ſous la convention dont on a parlé ci-devant, & étant allés demeurer à Utrecht, ils y font des dettes qui les obligent l'un & l'autre, tant en vertu de l'obligation qu'ils en paſſent, qu'en vertu de la Coutume du lieu. Depuis ils retournent demeurer en Hollande, & le mari y meurt. La femme prétend qu'en renonçant aux conquêts, elle doit être, ſuivant les Loix de Hollande, déchargée de toutes les dettes de la communauté, & même de celles contractées par le mari à Utrecht, encore bien que, par la Loi d'Utrecht, la femme ne puiſſe ſe diſpenſer de payer les dettes de ſon mari, qu'en abandonnant généralement tous ſes biens, & elle doit faire cet abandonnement d'une maniere qui n'eſt pas honorable en ſoi ; car elle doit, dans le temps même qu'on ſe diſpoſe à emporter le corps de ſon mari, ſortir auparavant

& publiquement de la maiſon, vêtue ſeulement de ſes habits ordinaires, de ſorte que vous diriez que c'eſt une eſpece de ceſſion de biens telle que celle qui, chez les Romains, pouvoit ſe faire, hors jugement, ſuivant la Loi derniere *ff. de Ceſſione bonorum.* Le Parlement de Paris a décidé une queſtion aſſez ſemblable en faveur d'une veuve qui avoit renoncé, quoique la Coutume, dans laquelle le mariage avoit été célébré, n'admît pas une pareille faculté de renoncer, ce qui eſt en plus forts termes, ainſi qu'il eſt rapporté par Chopin, *de Morib. Pariſ. lib.* 2, *tit.* 1, *n.* 5 : cet Auteur dit que la Cour ſe fonda ſur ce que, par le changement de domicile, tous les effets mobiliers étoient devenus ſujets à la Loi de ce nouveau domicile, auſſi-bien que les créances & les dettes; & que comme le droit de la femme, dans les effets actifs & paſſifs de la communauté, n'eſt pleinement ouvert qu'au moment du décès du mari, qui, de ſon vivant, eſt ſeul le maître de la communauté, il falloit plutôt conſidérer le domicile au jour de la diſſolution de la communauté, que celui du mariage; mais ces raiſons ne me paroiſſent pas aſſez perſuaſives pour oſer les adopter, comme a fait Kinſchotius, *Réponſ.* 94, *n.* 4. En effet, de dire que le Parlement de Paris a eſtimé que le droit de la femme ne commence qu'à la mort de ſon mari, c'eſt dire préciſément tout le contraire de ce qui eſt; car, à l'inſtant du mariage, le mari & la femme ſont également en communauté, chacun pour moitié, y ayant une ſociété contractée entre eux, qui ſubſiſte habituellement de leur vivant, & qui eſt réduite en acte par la mort de l'un des deux, & par conſéquent c'eſt au temps & aux Loix du mariage contracté, qu'il faut avoir recours, pour ſavoir quelle ſera la part que la femme doit avoir dans le gain ou dans la perte; mais cette réponſe eſt ici aſſez inutile : car l'argument tiré du Droit de communauté, ne vient point du tout à notre queſtion.

Il eſt public que ce n'eſt pas à raiſon de la communauté que la femme eſt tenue des dettes contractées par ſon mari; car ſi cela étoit, le mari ſeroit réciproquement tenu des dettes que contracteroit la femme, puiſque la communauté les regarde l'un & l'autre également : & d'ailleurs, il ne faut que cet autre argument pour montrer que le pouvoir qu'a le mari d'obliger ſa femme, ne vient pas de la communauté, qui eſt que ſi cela étoit, le mari n'auroit pas ce pouvoir, lorſque les

conjoints seroient convenus de n'être point en communauté & il est pourtant certain que nous en usons autrement parmi nous. C'est pourquoi le pouvoir qu'a le mari d'obliger sa femme, vient entiérement de la puissance maritale & du droit qu'il a d'administrer; de sorte que toutes les dettes qu'il contracte pendant le mariage, sont regardées comme faites, tant au nom de sa femme, qu'au sien propre, à l'exemple du tuteur, qui oblige valablement le mineur, dont il a la tutele; & Neostadius a touché quelque chose de cela, *de pactis antenupt. Obs.* 10, *in notis ibi. ob maritalem potestatem. Cor. cons.* 7, *lettr. B.* Ainsi il paroît qu'il faut résoudre notre question de la maniere suivante.

Comme à Utrecht, où les dettes ont été contractées, le mari a tellement le pouvoir d'obliger sa femme, qu'elle est perpétuellement tenue des dettes qu'il contracte, le droit du créancier, une fois acquis, ne peut pas souffrir d'atteinte en vertu des Loix d'un nouveau domicile, de peur d'ouvrir le moyen aux femmes de se décharger, par un changement de domicile, des dettes dont elles étoient précédemment tenues. En effet, il est certain qu'un homme qui contracte avec quelqu'un, doit connoître, & ne sauroit raisonnablement ignorer l'état & la condition de celui avec qui il contracte, & que cet état se prend de la Loi du lieu où il avoit son domicile au jour du contrat; car le créancier n'est pas astreint à prévoir les Loix de tous les différents endroits où son débiteur peut aller un jour demeurer, ni de se fatiguer l'esprit à prévoir de quelle condition il pourroit être par la suite; & puisque la Loi 25, *de Pactis*, décide que les débiteurs ne peuvent, par aucune paction, préjudicier aux droits des créanciers, ni y donner atteinte, comment cela peut-il arriver par un changement de domicile, dont le débiteur est toujours le maître? L'Arrêt du Parlement de Paris m'a fait, peut-être, trop insister sur cette question, dont la décision me paroît assez naturellement se présenter.

Tout ce que nous avons dit, servira à décider plus facilement les questions suivantes, où, à la vérité, il ne se trouve point de conventions faites pour prévenir la diversité des Statuts, mais dont cependant j'ai mieux aimé parler en cet endroit, que de m'exposer, peut-être, à n'en rien dire, si je remettois à en traiter ailleurs. Selon les mœurs des Hollan-

dois ; l'obligation d'une femme, contractée ſans l'autorité de ſon mari, eſt tellement nulle, qu'elle n'en eſt pas tenue, même après la mort de ſon mari. Au contraire, ſelon les Loix de la Province d'Utrecht, le créancier n'a pas droit d'agir contre la femme pendant le mariage ; mais il le peut très efficacement après la diſſolution du mariage.

Préſuppoſons qu'une femme, parmi nous, ſe ſoit obligée ſans l'autorité de ſon mari, qu'enſuite ſon mari aille demeurer en Hollande & y décede : dirons-nous que la femme pourra ſe défendre de l'obligation qu'elle a contractée à Utrecht, en excipant de la Loi de ſon nouveau domicile ? ou dirons-nous qu'elle ſera aſſujettie aux Loix d'Utrecht, puiſqu'elle y avoit pour lors ſon domicile, & qu'elle s'y eſt obligée ?

Si l'on ſuivoit l'Arrêt du Parlement de Paris, cité ci-deſſus, il faudroit dire que toutes les actions paſſeroient, avec la perſonne, ſous la domination de la Loi du nouveau domicile, de maniere qu'il ne faudroit plus enviſager que le temps de la diſſolution du mariage ; mais qui ne voit pas que par cette déciſion, on feroit une injuſtice criante au créancier ? Chacun a véritablement la liberté de changer de domicile ; mais ce ne peut être au préjudice d'un tiers, *L. nemo poteſt.* 75, *ff. de Reg. juris.* Certainement, ſi des droits légitimes, qui ſont antérieurement acquis à un tiers, pouvoient, à ſon préjudice, dépendre du choix d'un nouveau domicile, les femmes obérées de dettes, s'en iroient en Hollande auſſi-tôt après la mort de leurs maris, & fruſtreroient tous leurs créanciers. Par la même raiſon il faut dire, par rapport aux dettes contractées par le mari, que la femme ne ſera pas ſimplement tenue pour la moitié ſeulement, ſelon le Droit de Hollande ; mais pour la totalité, ſelon le Droit de notre Province, où le mari a contracté, & c'eſt le domicile ſubſiſtant dans le moment de l'obligation, qui eſt le principe de la déciſion.

Dans le cas contraire, une femme Hollandoiſe qui aura contracté ſans le conſentement de ſon mari, pourra-t-elle, en venant demeurer parmi nous, être inquiétée après le décès de ſon mari ? il faut réſoudre que non, par cette raiſon, que l'obligation n'étant pas valable dans ſon principe, elle ne ſauroit, par la ſucceſſion des temps, ni par aucun changement de domicile, devenir valable : car de la même maniere

qu'on ne peut pas faire perdre à un créancier un droit qui lui eſt acquis, auſſi ſeroit-il abſurde qu'il pût acquérir un droit qu'il n'auroit pas eu auparavant; & puiſque les Empereurs, en la Loi 25, ff. *de Pactis*, ont décidé que les débiteurs ne peuvent, par les conventions étrangeres, anéantir, ni changer celles qu'ils ont faites avec leurs créanciers, il eſt impoſſible que cela puiſſe arriver par aucune tranſlation de domicile, qui ne dépend uniquement que du débiteur, comme nous l'avons dit ci-devant.

OBSERVATION XLIV.

RODENBURGH agite, dans ce Chapitre, quelques queſtions particulieres, au ſujet du changement de domicile des conjoints, & traite des conventions qui peuvent empêcher ce changement.

Il demande d'abord ſi l'on peut valablement convenir que le mari ne pourra pas changer de domicile ſans le conſentement de ſa femme, ſi du moins on ne peut pas exclure un certain lieu, & même convenir d'une peine, en cas d'inexécution, & ſi cette convention ne doit pas être ſuivie quand la femme y a intérêt.

Sur toutes ces queſtions, il répond, qu'encore que la puiſſance maritale ne puiſſe pas être entiérement détruite, elle peut être mitigée & reſtreinte, & que ſi la femme n'avoit exclu qu'un certain endroit, & qu'elle eût ſtipulé une peine en cas d'inexécution, cette peine auroit lieu indiſpenſablement, à cauſe de la fidélité que l'on doit aux contrats, ſi ce n'eſt que le mari eût des raiſons puiſſantes pour changer ainſi de domicile; auquel cas, même ſi la femme avoit de ſa part intérêt que cela ne fût pas, il eſtime que le mari ſeroit tenu de l'indemniſer du tort qu'elle pourroit ſouffrir par ce changement, la convention étant une précaution contre ce préjudice.

Je crois que parmi nous il n'y a pas d'exemple que, dans aucun contrat de mariage, on ait gêné la liberté du mari d'aller demeurer où bon lui ſemble dans l'étendue du Royaume. Cette liberté eſt naturelle à l'homme: la femme en s'engageant avec ſon mari, ſe ſoumet à le ſuivre par-tout, même en exil, ſi ce n'eſt qu'il fût exilé hors du Royaume, ce qui n'eſt pas ordinaire; ou que, *poſt contractum matrimonium fiat vagabundus, joculator, hiſtrio, vel in militiam proficiſcatur.*

C'eſt pourquoi ſi quelque femme s'aviſoit, dans ſon contrat de mariage, de gêner, ſur cet article, la liberté de ſon mari, & qu'un Notaire fût aſſez peu expérimenté pour écrire

une paraille clause, du moins générale & indéfinie, je suis persuadé qu'on n'y auroit aucun égard; que s'il y avoit une bonne raison, & que cette raison ne tombât que sur un lieu ou deux, ou même sur une Province entiere, j'estime, avec mon Auteur, que la convention devroit être exécutée.

Mais pour prévenir tout incident, & ne point gêner la liberté du mari, on prévient, par une clause assez ordinaire, un transport de domicile inopiné ou frauduleux, qu'un mari pourroit faire. Cette clause est de soumettre les droits de conventions ordinaires à une Coutume fixe, qui est, ou celle du domicile du mari, ou celle du domicile de la femme au jour de leur mariage, selon laquelle les Parties conviennent d'être réglées, nonobstant tout changement de domicile.

Indépendamment même de cette clause, & dans le cas où il n'y auroit pas de contrat, la Coutume du domicile du mari en devient un pour les conjoints, *& quidem ipso facto*, dit Chasseneuz, *art. 2, des Droits appartenants à gens mariés, in textu*, selon la Coutume générale, & cette Coutume regle leurs droits entre eux, dans ce qui tombe ordinairement en contrat, sans que les futurs, devenus conjoints, puissent être réglés par une autre Loi de quelque domicile postérieur que ce soit.

Je dis que la Loi du domicile matrimonial regle les droits qui tombent ordinairement en contrat, comme est, par exemple, la communauté & toutes ses dépendances; car je n'estimerois pas que toutes les dispositions de la Coutume que les Parties ont adoptées, passent en conventions, & que, par exemple, une femme mariée à Utrecht, & qui s'est soumise aux Loix de ce lieu, où l'on ne se peut donner qu'en usufruit, ne pût pas dès-lors donner en propriété à son mari, les biens & effets qui seront régis par la Loi de Hollande; car ces donations, qui sont dans le futur contingent, ne se prévoient pas ordinairement, & comme elles ne dépendent pas du mari seul, mais du concours du mari & de la femme, ce sont les Loix de la situation qui les dirigent, & les conjoints n'ont pas lieu de se plaindre, lorsqu'ils ont donné un consentement libre.

La

La validité de la donation ne peut même être agitée que par rapport aux meubles & choſes mobiliaires qui ſuivent le domicile; car d'ailleurs, dans quelques Coutumes que la femme ait été mariée, la donation des immeubles ne dépend pas du lieu du mariage, comme Loi du mariage; mais du lieu de la ſituation, & la femme eſt maîtreſſe de ces effets conformément à cette Loi en quelqu'endroit que le mariage ait été célébré.

Mais s'il y avoit une convention préciſe que les conjoints ne pourroient ſe faire aucune donation, clauſe qui eſt très-licite, voyez Conſtant, ſur Poitou, en ſes additions, *artic.* 209, *n.* 2. J'eſtime, avec Burgundus, que, nonobſtant le changement de domicile dans un lieu de liberté, & même en aucun cas, les conjoints ne pourroient ſe donner, ni meubles, ni immeubles, & que la convention forme un obſtacle perpétuel.

Mais ſi, après une pareille convention, ils alloient demeurer dans une Coutume qui donneroit de droit au ſurvivant, quelqu'avantage que ne donneroit pas la Loi du mariage, le ſurvivant pourroit-il profiter de cet avantage? j'eſtimerois, dans cette eſpece, qu'il en pourroit profiter; cet avantage eſt purement légal, & les conjoints n'ont voulu empêcher que le fait de l'homme, & non celui de la Loi. Je ſuppoſe qu'il n'y a pas de fraude dans le changement de domicile, & que l'avantage peut concourir avec les autres clauſes du contrat de mariage, expreſſes ou tacites.

Ainſi, s'il y avoit une convention qui eût prévu & défendu le cas particulier de tout avantage même légal, pour lors, dans nos mœurs, la femme ou le mari ne profiteroit pas de l'avantage que lui feroit la Loi du nouveau domicile; mais on déclareroit le conjoint non-recevable dans ſa prétention, comme étant contraire à la convention.

J'exige, pour exclure ces ſortes d'avantages que les Loix donnent par elles-mêmes, qu'il y ait une convention préciſe & expreſſe, parce que, je le répete, j'eſtime qu'encore que la Loi matrimoniale les défendît, néanmoins de ſemblables diſpoſitions ne ſont pas préſumées paſſer en convention, de la

part des conjoints, au préjudice de la Loi de la ſituation qui les accorderoit. Voyez l'*Obſervation* 46.

Si une femme mariée, dans une Coutume où le mari ne peut vendre les biens de ſa femme ſans ſon conſentement, avoit des biens ſitués dans une Coutume où cela eſt permis au mari, pourroit-il les vendre impunément ?

Il y auroit, dans cette eſpece, deux choſes à conſidérer. 1°. Si la vente eſt bonne; 2°. ſi, en la ſuppoſant bonne, il ſeroit dû indemnité à la femme.

Je réponds que le mari n'a un pouvoir auſſi étendu dans certains endroits, que parce que la puiſſance maritale y eſt, pour ainſi dire, ſans bornes; mais comme cette puiſſance eſt plus raiſonnablement mitigée par la Loi du domicile matrimonial, je ſuis perſuadé que, nonobſtant la Loi de la ſituation, cette vente ne ſeroit pas autoriſée, ſoit qu'il y eût une convention prohibitive, ſoit qu'il n'y en eût pas : une femme mariée ſous des Loix où la puiſſance maritale n'eſt pas ſi entiere & ſi indéfinie, ne pouvant perdre, par le ſeul changement de domicile, le droit naturel que lui a conſervé la Loi de ſon mariage, de n'être dépouillée de la propriété de ſon bien que de ſon conſentement, & ſi, par impoſſible, on pouvoit dire que la vente ſeroit bonne vis-à-vis l'acquéreur, il n'y auroit pas de difficulté qu'il faudroit une indemnité à la femme qui auroit été privée de la propriété de ſes biens contre le droit naturel, le droit général de nos Coutumes, & en particulier celui de la Loi matrimoniale qui lui conſervent le domaine entier. Voyez la 5e *reg. de l'Obſerv.* 46.

Notre Auteur, en ſon Traité *de Jure conjugum, tit. de tollenda poteſt. ante matrim.* agite la queſtion de ſavoir ſi la femme pourroit ſtipuler qu'elle ne ſeroit pas ſoumiſe à ſon mari; pluſieurs Auteurs agitent la même queſtion, même celle de ſavoir ſi du moins la femme ne pourroit pas ſtipuler qu'elle ne ſeroit pas ſujette à la correction; mais je me contenterai de renvoyer à Rodenburgh, *loc. cit.* & à une theſe ſoutenue à Orléans en 1677, intitulée *Diſputatio inaugurata de occaſione*, ſoutenue ſous Me Prouſteau, par Ercius Wordenhoff, & à nos Auteurs Canoniſtes.

J'ajouterai ſeulement que Charlotte Dubois, mon épouſe,

fille de Me François Dubois, mort ſous-Doyen des Avocats, m'étoit ſi attachée, & poſſédoit des vertus ſi éminentes & ſi completes, qu'à mon égard j'aurois plutôt à agiter la queſtion de ſavoir quelles doivent être les bornes de la docilité, de la complaiſance & de l'amour d'une femme pour ſon mari. Qui me donnera une fontaine de larmes aſſez abondante pour pleurer toute ma vie la perte d'une épouſe ſi accomplie?

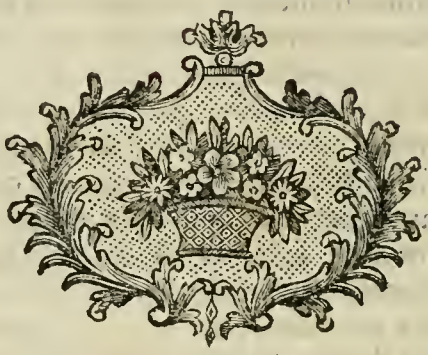
Notre Auteur parle enſuite d'une queſtion qui eſt encore très-étrangere à nos mœurs; car, dans toute la France, je ne ſais aucun endroit où le mari puiſſe obliger ſa femme ſans ſon conſentement : ſi elle eſt obligée aux dettes de ſon mari, ce n'eſt jamais que par ſon fait, c'eſt-à-dire, ou parce qu'elle s'eſt obligée perſonnellement, ou parce qu'elle a accepté la communauté; encore dans ce dernier cas, n'eſt-elle obligée que juſqu'à concurrence des biens dont elle profite en cette qualité, quand elle a fait inventaire : & quoique, durant la communauté, les créanciers du mari ſeul puiſſent ſe venger ſur les biens de la femme, ce n'eſt que ſur les fruits ſeulement, & tant que dure la communauté; en ſorte que la diſſolution arrivant, ſoit par mort, ſoit par la ſéparation de biens que la femme peut obtenir, elle rentre dans la jouiſſance de ſes biens en renonçant à la communauté, & ſans aucune charge des dettes d'icelle, pourvu qu'elle ne ſe ſoit pas obligée perſonnellement.

Au ſurplus, au ſujet de l'Arrêt rapporté par Chopin, *de Morib. Pariſ. liv.* 2, *tit.* 1, *n.* 5, cité par notre Auteur, & que l'on prétend avoir jugé le contraire, voyez ce que j'ai dit, *obſerv.* 32.

Je renverrai encore à l'*obſerv.* 32, au ſujet des obligations contractées par une femme en différents domiciles.

Notre Auteur dit que, ſuivant la Loi *Titio* 71, *ff. de Cond. & demonſt.* la condition impoſée à un légataire de demeurer toute ſa vie dans un lieu, eſt rejettée comme contraire à la liberté. Voici ce qui a été jugé à cette occaſion en 1708 : défunt Me Bracquet, Avocat au Parlement, & célebre Conſultant, avoit légué 200 liv. de penſion viagere à ſon Clerc, à la charge de ſe retirer à la campagne dans une Maiſon Religieuſe, pour y faire ſon ſalut. Le teſtateur avoit en cela ſes raiſons, ſinon il lui legue ſeulement 300 liv. une fois payées.

Le Clerc faiſoit un grand uſage de la Loi *Titio* ci-deſſus, & en outre obſervoit qu'il étoit veuf, chargé de quatre enfants, & entr'autres de deux filles mineures, ſur la conduite deſquelles il étoit obligé de veiller. Sur quoi intervint Arrêt en la Grand-Chambre, le premier mardi d'après la Saint-Laurent, en 1708, qui a fait délivrance au Clerc purement & ſimplement du legs de 200 liv. de penſion viagere.



CHAPITRE II.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

Des conventions pour obvier à la diverſité des Loix par rapport aux Statuts réels, dans le cas où il y a changement de domicile.

SOMMAIRE.

I. *Chez les Hollandois, il eſt permis à un pere qui achete la ſucceſſion de la mere de ſes enfants, de fixer & déterminer, par le même acte, la maniere dont on leur ſucédera ab inteſtat.*

II. *Cette convention vaudra-t-elle, chez les Hollandois, ſi le pere convient que ce ne ſera pas lui qui ſera l'héritier de ſes enfants; mais les plus proches parents maternels?*

III. *Que faudra-t-il décider ſi, depuis la convention, le pere va demeurer à Utrecht, & que le pupille y meure? Lui ſuccédera-t-on en vertu de la convention, ou ſera-ce en vertu de la Loi d'Utrecht?*

IV. *Que répondra-t-on pareillement dans le cas où un homme domicilié chez nous, ira demeurer en Hollande? La convention ci-deſſus qui ſeroit comme non écrite parmi nous, aura-t-elle lieu dans le nouveau domicile?*

V. *Que ſera-ce ſi le domicilié chez nous s'en va demeurer en Hollande, & y fait une pareille convention?*

VI. *Un homme ſtipulant, hors de ſon domicile, des intérêts permis dans le lieu, mais défendus dans ſon domicile, les ſtipule-t-il valablement?*

VII. *L'on exigera valablement parmi nous, tant le principal que les intérêts, ſi la convention en eſt faite dans un lieu où cela ſoit permis.*

VIII. *Une communauté ſtipulée entre conjoints, comprend-elle un gain accordé par la Loi?*

PASSONS des Statuts perſonnels aux Statuts réels, du nombre deſquels nous avons dit qu'étoient ceux qui déterminent la maniere de ſuccéder *ab inteſtat.* Nous

avons expliqué précédemment comment on peut, par convention, introduire une maniere de ſuccéder, différente de celle preſcrite par le domicile ; il nous faut à préſent examiner, dans ce Chapitre, ſi le changement de domicile, depuis la convention, peut opérer une maniere de ſuccéder, différente de celle dont on eſt convenu. Je ne vois pas quelle difficulté pourroit faire naître le nouveau domicile, ſi, dans l'ancien, comme dans le nouveau, les mêmes conventions y ſont autoriſées. C'eſt pourquoi il faut néceſſairement feindre une eſpece dans laquelle les Loix des deux domiciles ſoient contraires entr'elles au ſujet de la validité de la convention ; nous en trouverons un exemple dans une Cauſe qui a été derniérement agitée dans notre Conſeil provincial, & dont j'ai parlé ailleurs, parce que la conteſtation avoit bien des branches.

I. Chez les Hollandois, on admet une ſorte de convention qui ſe paſſe entre le pere d'un pupille & ſes tuteurs. Par cette convention, le pere, qui moyennant une certaine ſomme qu'il donne à ſes mineurs, achete la ſucceſſion de leur mere, peut déterminer & régler la maniere de ſuccéder à ce pupille qui décede *ab inteſtat ;* c'eſt à-peu-près de même que lorſque, par des conventions matrimoniales, on change l'ordre de ſuccéder.

II. Selon Grotius, dans ſon Introduction, ces conventions ont été autoriſées afin que les peres, pouvant convenir qu'ils ſeront eux-mêmes les héritiers *ab inteſtat* de leurs pupilles, fuſſent excités par cet avantage à donner une plus grande ſomme à leurs enfants ; outre que cela ne fait pas de préjudice aux pupilles qui conſervent toujours la faculté de teſter : mais en ſuppoſant que cette raiſon qu'allegue ce grand homme, ſoit la véritable, elle n'auroit aucune application à l'eſpece qui fut agitée dans notre Conſeil provincial, en ce que l'on n'étoit pas convenu que ce ſeroit le pere qui ſeroit héritier du pupille, mais bien les plus proches parents de la ligne maternelle ; enſorte que cette convention, loin de procurer l'utilité du pupille, pouvoit au contraire lui être très-préjudiciable ; mais parce que la raiſon politique de la Loi Hollandoiſe n'eſt pas celle alléguée par Grotius, puiſque la Loi autoriſe généralement tel ordre de ſuccéder que le pere juge à propos de preſcrire pour l'accommodement qu'il fait avec les tuteurs. Le Conſeil provincial n'a pas cru devoir former

ſa déciſion ſur la raiſon de Grotius. C'eſt pourquoi le véritable point de difficulté qui reſta, fut celui qui donne lieu au préſent Chapitre; car le pere du pupille, après avoir fait ſa convention avec les tuteurs, étoit allé demeurer à Utrecht, ſans eſprit de fraude; mais uniquement pour la commodité de ſes affaires : or, dans notre Province, on ne peut, par aucune convention, donner à un pupille qui a des biens acquis, un héritier *ab inteſtat.*

III. C'eſt ainſi que, ſelon le Droit Romain, vous feriez en vain des conventions au ſujet de la ſucceſſion d'un tiers ſans ſon conſentement : il s'agiſſoit donc, dans la Cauſe, de ſavoir ſi la convention, valablement faite chez les Hollandois au ſujet de la ſucceſſion du pupille, pouvoit ſouffrir quelqu'atteinte par le changement de domicile, & nous croyons qu'il faut répondre pour la négative; en effet, quoique l'on puiſſe raiſonnablement alléguer que, pour déterminer celui qui eſt appellé à la ſucceſſion du pupille, (je parle quant aux meubles,) il faille avoir recours aux Loix du lieu où décede le pupille, enſorte que la convention faite en Hollande, ne puiſſe pas préjudicier à ceux qui, par les Loix du domicile actuel, ſont déſignés les héritiers de ce pupille; cependant ces conventions étant valables dans leur principe, & prenant leur force des Loix qui avoient lieu pour lors, ainſi que toutes les autres conventions, encore que l'exécution & l'accompliſſement en ſoient remis au moment du décès, à la différence des teſtaments qui n'ont de force qu'après le décès des teſtateurs, il faut abſolument décider que le ſeul changement de domicile du pere, ne peut pas anéantir une convention qui a précédé ce changement, & qui eſt valablement faite; avec d'autant plus de raiſon, que le pere, par un changement même exprès de volonté, ne pouvant, ni révoquer, ni altérer la convention qu'il auroit faite avec les tuteurs, il n'eſt pas poſſible de prétendre qu'il le puiſſe, par un ſimple changement de domicile, au préjudice de ceux avec qui il a contracté.

IV. Mais poſons l'eſpece contraire, & feignons que le mariage a été diſſous parmi nous, & que le pere ſurvivant a paſſé une pareille convention, & qu'ayant été enſuite demeurer en Hollande, le pupille y ſoit décédé : la convention ſubſiſtera-t-elle ? On ne le croit pas; car n'étant pas valable dans ſon principe, comment peut elle le devenir par le ſeul change-

ment de domicile, ou par le seul laps de temps? En effet, c'est une chose certaine, que pour connoître si une convention est valable, ou non, il faut consulter la Loi du lieu où se passe le contrat. Burgundus, *Tract.* 4, *n.* 10.

V. Que dirons-nous donc si les conjoints ayant demeuré parmi nous, l'un d'eux y meure, & que le pere survivant ait été en Hollande y faire, avec les tuteurs du pupille, la convention dont nous avons parlé ci-devant? Une telle convention sera-t-elle bonne, parce que le lieu du contrat l'autorise? Oui, elle le sera du pere aux tuteurs qui ont contracté en Hollande; mais non pas par rapport aux héritiers du pupille, si au jour de son décès, la Loi qui régit sa succession, en appelloit d'autres que ceux portés par la convention: car quoique parmi nous cette sorte de convention n'ait point lieu, il suffit néanmoins que la personne ait été capable de contracter, pour que l'obligation soit valable entre les contractants. L'état & la condition des personnes, dépend, à la vérité, de la Loi du domicile; mais cependant, en ce qui regarde le lien de l'obligation, & pour déterminer ceux qui sont obligés, nous envisageons les Loix du lieu où l'engagement se passe.

VI. C'est ainsi que nous estimons une obligation nulle & illicite, quand les Loix du lieu où elle se passe s'y opposent: par exemple, si le prêt, quant aux intérêts, excede le juste taux de ceux permis dans le lieu du domicile, on a décidé que ces intérêts auront valablement cours, en cas que ce prêt soit fait dans un lieu où de pareils intérêts sont permis, & ceci ne s'éloigne pas beaucoup d'une consultation qui fut donnée, il n'y a pas long-temps, chez nous, qui est, que si l'obligation d'un prêt est contractée dans un lieu où l'on peut exiger le principal & les intérêts, & que l'on eût même payé quelques intérêts, on pouvoit, parmi nous, exiger le principal & les intérêts dûs, encore que nous regardions le principal comme aliéné, dès que le créancier a perçu des intérêts, & c'est en cette occasion qu'a lieu cette maxime, alléguée si souvent parmi nous, *Eens renten, altyt renten.*

VII. Tout ce que nous venons de dire, est par rapport aux conventions qui ne concernent que les meubles; quant aux immeubles, c'est une regle immuable, qu'il faut suivre les Loix de la situation: c'est pourquoi, par rapport aux biens

situés

ſitués à Utrecht, ce ſeroit en vain que les Hollandois feroient avec les tuteurs d'un pupille, des conventions, telles que celles marquées ci-devant, quoique ces conventions valuſſent d'ailleurs, ſi elles euſſent été paſſées entre gens même de notre Province, pour les biens qui ſeroient ſitués en Hollande; car dans les ſucceſſions, la Loi du lieu où les fonds ſont ſitués, faiſant la Loi à ces fonds, on ne pourra pas, par des conventions qui ne ſont pas autoriſées dans le lieu de la ſituation, faire préjudice aux héritiers qui doivent ſuccéder au pupille.

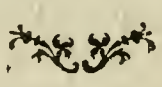
Il eſt vrai que, même par rapport aux immeubles, nous ſuivons, quant à la forme & ſolemnité des actes, les Loix du lieu où l'acte ſe paſſe; mais il n'y a aucune bonne raiſon pour dire qu'un acte dont les diſpoſitions ne vaudroient rien dans le lieu de la ſituation, puiſſe être valable parce qu'il auroit été fait ailleurs. C'eſt ainſi qu'encore qu'il ſuffiſe, dans un teſtament, d'employer les formalités du lieu où il ſe paſſe, vous ne direz pas cependant que le teſtament ſoit valable pour les biens ſitués dans la Gueldre, qui n'admet pas une faculté générale de diſpoſer de ſes fonds, comme nous l'avons établi très-amplement ailleurs, *Tit.* 1, *cap.* 5, *n.* 4.

Nous avons dit ci-deſſus, *Tit.* 2, *part.* 2, *cap.* 4, *n.* 6, que le gain d'un ameublement, qui, par la Loi de notre Province, appartient au ſurvivant des conjoints, étoit pris comme par une eſpece de droit ſucceſſif, ou de legs légal. Or, il n'y aura pas d'inconvénient que nous traitions ici une queſtion qui a rapport à notre ſujet, plutôt que de remettre à en parler au Chapitre où nous devons traiter des Loix par rapport à la ſubſtance des actes.

Suppoſons donc qu'un homme de la Province de Friſe, prenne une femme à Utrecht, & qu'ils ſtipulent entre eux une communauté, conformément à la Coutume du domicile de la femme, qu'enſuite ils aillent demeurer en Hollande, & que le mari y meure : on demande ſi, étant de diſpoſition en la Province d'Utrecht, que le ſurvivant ait quelque meuble pour gain de ſurvie, cette femme profitera du gain de ſurvie en vertu des Loix d'Utrecht? La difficulté conſiſte à ſavoir, ſi la communauté de biens, telle qu'elle a lieu parmi nous, emporte par elle-même le gain de l'ameublement, qui appartient, ſelon nos mœurs, au ſurvivant des conjoints, à titre

de préciput. Chopin, ſur la Coutume d'Anjou, *lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 16, rapporte deux Arrêts, rendus dans une même affaire, ſur cette queſtion; l'un proviſoire, par lequel la veuve ſuccomba; & l'autre définitif, qui lui fit gagner ſon procès : & il approuve beaucoup ce dernier Arrêt, qu'il appuie de deux raiſons. La premiere, qui eſt que la communauté emporte par elle-même ce gain de ſurvie; la ſeconde, que ce gain, dont chacun a eſpérance de profiter, dépend d'un événement incertain, qui écarte toute jalouſie.

Mais examinons ſi, du moins parmi nous, l'on ne devroit pas juger autrement : car à l'égard de la raiſon alléguée par Chopin, & tirée de l'événement incertain, elle ne fait rien à la queſtion, qui ne conſiſte pas à ſavoir ſi ce gain de ſurvie vient d'une cauſe lucrative, ou purement onéreuſe, & ſi elle doit être, à raiſon de ce, plus ou moins favorable; mais elle conſiſte à ſavoir ſi ce gain de ſurvie eſt renfermé dans la ſtipulation, faite à Utrecht, de la communauté, la veuve ne pouvant pas le prétendre par les Loix du domicile actuel, qui eſt en Hollande, & je penſerois le contraire, plutôt que de regarder comme victorieux le raiſonnement de Chopin; car le droit de communauté entre conjoints, & le gain de ſurvie, ſont deux droits abſolument diſtincts & ſéparés, & qu'il ne faut pas rendre dépendants l'un de l'autre, s'il n'y en a une ſtipulation; & cela eſt ſi certain parmi nous, que le gain de ſurvie appartient même au ſurvivant, encore que les conjoints euſſent exclu toute communauté entre eux. Et telle eſt notre Juriſprudence, prouvée par un grand nombre d'Arrêts de notre Conſeil Provincial, ce qui ſert à faire connoître que ce gain de ſurvie n'a rien de commun avec la communauté d'entre conjoints. C'eſt pourquoi, des deux Arrêts cités par Chopin, je crois le proviſoire meilleur que le définitif. C'eſt ainſi qu'il arrive encore aujourd'hui, que de très-bons Jugements ſont très-mal à propos infirmés.



OBSERVATION XLV.

IL échet ſur ce Chapitre de parler d'une queſtion que font naître certaines conventions, aſſez ordinaires dans les contrats de mariages. Un homme domicilié à Paris, ayant pluſieurs enfants, marie ſon aîné, & il le déclare ſon principal héritier.

Cet homme va demeurer dans une Coutume où le partage des meubles eſt moins avantageux pour l'aîné, que dans la Coutume où il demeuroit au jour de cette convention; que faut-il décider dans ce cas-là?

Chopin, *de Privil. Ruſtic. lib.* 2, *part.* 2, *cap.* 2, *n.* 4, *in margine*, propoſe cette queſtion. Une mere domiciliée dans la Coutume du Mans, marie ſon fils, & le déclare ſon principal héritier. Elle décede depuis à Alençon, où elle étoit domiciliée. Les filles veulent venir à ſa ſucceſſion mobiliaire, ſuivant la Coutume du dernier domicile. Le frere, au contraire, veut venir ſuivant la Coutume du Maine, dans laquelle la déclaration de principal héritier a été faite. Chopin demande, *an in hæc mobilia filiæ ſuccedant cum fratre juxta morem dicti domicilii, an frater ſolus juxta Cænomanum, ubi illa præcipui hæredis declaratio facta; ampliùs deliberandum cenſuit Senatus in Camera edicti, die* 2 *Septembris anno* 1605, *Roberto fratris Domini de Maimbray, & Gallandio ſororum cauſidicis. Puto ex tranſlati domicilii Lege judicandum, quoad mobilia in quibus declaratio prædicta nihil operatur*, art. 262 & 335, *Cænom. Moris.*

Suivant Chopin, il faut dans l'eſpece qu'il propoſe, partager les meubles ſelon le domicile au jour du décès de celui qui a fait la déclaration d'héritier.

Il fonde ſa déciſion ſur la diſpoſition textuelle de l'*art.* 262 de la Coutume du Maine, conforme à l'*art.* 245 de la Coutume d'Anjou, qui ne comprend que l'héritage, & non les meubles qui s'uſent & ſe conſument par l'uſage.

Dans ces mêmes Coutumes du Maine & d'Anjou, le noble qui marie ſon héritier préſomptif, comme ſon héritier principal, tombe dans l'interdiction de vendre & aliéner, &

même d'hypothéquer les héritages qu'il a au jour de la déclaration d'héritier, & les meubles n'y sont point compris. C'est ce que dit Chopin sur Anjou, *de feudaria nobilium successione, lib. 2, tit. 3, n. 21, sed hæc rerum soli duntaxat interdictio procedit, non autem moventium.* Voyez Dupineau, *art.* 243.

Ricard propose la même question, non pas dans une Coutume particuliere; mais en général dans toutes Coutumes où les meubles appartiennent à l'aîné.

Il ne parle en aucune maniere des immeubles, parce que, dit-il, par la suite, ils doivent se régler suivant les Coutumes des lieux de leur situation, qui est invariable.

Il demande donc si un pere, domicilié dans une Coutume où les meubles appartiennent entiérement à l'aîné, ayant marié son fils en qualité d'aîné & principal héritier, peut en transférant son domicile en une Coutume qui admet le partage égal des meubles entre les enfants, faire que l'aîné soit obligé de se contenter de sa portion des meubles, ainsi qu'il l'auroit eue, cessant la déclaration d'héritier; & il estime que cette déclaration d'héritier doit être réglée par la Loi du domicile au jour de la déclaration, en son *Traité des Donations*, *n.* 1063.

La raison qu'il en apporte, est que la déclaration empêche qu'on ne puisse suivre la regle ordinaire des successions, au moyen de ce que l'aîné a un droit acquis sur les biens de son pere, du jour du contrat de mariage, pour faire que sa succession mobiliaire ne puisse pas être partagée autrement que par la Coutume du lieu où il faisoit alors sa demeure, que les parties ont pu seulement considérer.

Il paroît en général que ces questions dépendent de l'effet que l'on donnera à la déclaration d'héritier.

Si l'on donne à cette déclaration l'effet d'une donation, qui rend, à l'instant, propriéraire le fils déclaré héritier, & qui lie les mains au pere, je croirois, dans ce cas, que le pere ne pourroit pas, par un changement de domicile, préjudicier à son aîné déclaré héritier principal.

Mais si l'on ne donne à cette déclaration d'autre effet que d'assurer la portion héréditaire, telle qu'elle peut être au jour du décès, en interdisant seulement la liberté de disposer à titre gratuit, soit entre vifs, soit par testament, il me paroît

qu'il faudroit ſe fixer à la Loi du dernier domicile : car le pere ayant la liberté de vendre & aliéner, doit avoir, ce me ſemble, la liberté de changer de domicile, *ſalvâ fraude*, le pere aſſure ſa ſucceſſion, & non pas les biens actuels.

Si la déclaration d'héritier n'a d'autre effet que de lier les mains au pere, par rapport aux biens ſeulement qu'il poſſede au moment de la déclaration, il faudra, en ce cas, ſe fixer à la Loi du premier domicile, & le pere ſera maître de tout ce qu'il poſſédera au jour de ſon décès, au-delà de ce que la Loi du premier domicile donnoit à l'enfant déclaré héritier, au jour de la déclaration; & à cet égard, voyez *les Inſtitutions contractuelles* de M. Euſebe de Lauriere, *tom.* 1, *chap.* 3, *n.* 31 & 32. Voyez encore l'*Obſerv.* 26.

OBSERVATION XLVI.

Sur la Loi qui doit régler les Contrats.

QUELQUEFOIS l'on contracte en un lieu, l'on demeure dans un autre, & l'on promet de payer dans un autre, & quelquefois encore les biens, à l'occaſion deſquels nous contractons, ſont ſitués ailleurs, & tous ces différents endroits ont leurs Loix ſouvent contraires & oppoſées.

On demande quelle ſera, dans la concurrence de toutes ces Loix, celle ſur laquelle il faudra ſe régler, ſoit pour déterminer les droits, les actions & les exceptions qui naiſſent du contrat, & qui en ſont les ſuites, ſoit pour en interpréter les clauſes & les diſpoſitions.

Ces queſtions ſont des plus importantes dans cette matiere, & embraſſent beaucoup d'objets.

Nous avons, dans le Droit, deux Loix qui, au premier coup d'œil, peuvent augmenter la difficulté. La Loi *Si fundus* 6, *ff. de evict.* & celle *contraxiſſe*, *ff. de obligat.*

La premiere veut que ce ſoit la Loi du lieu où le contrat a été fait, qui régiſſe le contrat. *Si fundus venierit ex conventione, ejus regionis in qua negotium geſtum eſt, pro evictione caveri oportet.*

La ſeconde veut au contraire que ce ſoit celle du lieu où

le contrat doit être exécuté. *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligavit.*

Nos Auteurs ne trouvent dans ces Loix, qu'une antinomie apparente, & ils les concilient différemment.

Me Charles du Molin, par exemple, les concilie en disant que la Loi *si fundus, ex viva & radicali ratione præsupponit contrahentes habere domicilium in loco contractûs*, & que c'est là où le contrat doit être exécuté; mais que la Loi *contraxisse* est dans le cas où un homme s'est obligé d'exécuter le contrat par-tout ailleurs qu'au lieu même où il contracte.

Mais communément nos Auteurs concilient ces deux Loix, en observant que le lieu d'un contrat est double, savoir celui dans lequel le contrat a été passé *ubi verba proferuntur*; & celui dans lequel on doit remplir l'engagement porté par le contrat *ubi solutio destinatur.*

C'est pourquoi, quand, dans ces Loix, on y trouve ces termes *ubi contractum est*, ils disent qu'ils sont propres à marquer également le lieu où le contrat a été passé, comme le lieu où le paiement doit être fait, & que c'est le sens de la Loi qui en décide. Par exemple, dans la Loi premiere, *ff. de usuris*, ces termes y sont employés, *cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex More regionis ubi contractum est, constituitur*, & ces termes, *ubi contractum est*, doivent, suivant la Note de Me Denis Godefroy, être entendus dans cette Loi de l'endroit où le paiement doit être fait. *Hæc verba ubi contractum est, sic intellige ubi actum estut solveret.*

C'est dans l'un & l'autre sens pris conjointement, que l'on peut entendre ce que Godefroy dit sur la Loi 20, *ff. de Juridict.* Il suppose un homme de Paris qui a contracté à Rome, *de mus Romæ contractum esse.* Il demande si cet homme de Paris, & qui y est poursuivi, sera condamné aux intérêts prescrits à Rome pour le retard, & il répond, *Id videtur, contractûs enim initium vitio caret*, & cette décision est très-juste en effet, en présupposant que cet homme de Paris a non-seulement contracté à Rome, mais encore a promis de payer à Rome.

Nos Auteurs estiment donc que la Loi *Si fundus*, qui veut que l'on suive la Loi où le contrat a été passé, s'entende du lieu, *ubi verba prolata sunt*, & qu'elle a son application au cas

où il faut décider de la forme, ſoit probante, ſoit ſubſtantielle, & conſtitutive du contrat, du mode, &c. ſoit même de la forme extrinſeque ; & que la Loi *contraxiſſe* s'applique au cas où il eſt queſtion de droits qui naiſſent d'un contrat, dont l'exécution & l'accompliſſement ſont remis dans un autre endroit.

Cette conciliation malheureuſement ne nous ſoulage pas beaucoup ; & ſi elle profite en quelque choſe, elle n'eſt d'aucun ſecours, diſons plus, elle nous jetteroit dans l'erreur, en quantité d'occaſions.

En effet, ſi cette conciliation étoit ſuffiſante, il n'y auroit que l'une de ces deux Loix à obſerver dans toutes les queſtions qui ſe préſenteroient à l'occaſion d'un contrat ; ſavoir, la Loi du lieu de la paſſation du contrat, ou la Loi du lieu de l'accompliſſement du contrat ; il faudroit mettre à l'écart, la Loi de la ſituation, & celle du domicile qui ſont pourtant deux Loix bien impérieuſes, & auxquelles il faut en quantité d'occaſions donner la préférence.

Il y a une ſeconde difficulté qui tombe encore ſur nos queſtions mixtes, qui eſt que les Loix d'un endroit donnent à certaines clauſes, un certain ſens & un certain effet ; & les Loix d'un autre endroit leur donnent un ſens & un effet, ou plus étendu, ou plus reſtreint. Par exemple, à Toulouſe, la clauſe, *ſi ſine liberis*, appoſée à une ſubſtitution, emporte une ſubſtitution graduelle, & en d'autres endroits, elle n'emporte qu'une condition, ſi d'autres circonſtances ne concourent pas.

Ces obſervations faites, revenons aux queſtions que nous avons propoſées d'abord. Le contrat eſt paſſé dans un lieu, la choſe, dont on a contracté, eſt ſituée dans un autre, le paiement eſt à faire dans un autre, & le domicile des parties eſt encore ailleurs. Les Loix de tous ces différents endroits ſont toutes différentes : Quelles ſont celles que l'on ſuivra dans cette variété que nous venons d'annoncer ? Tâchons d'éclaircir ces queſtions, & entrons en diſcuſſion.

Nos Auteurs nous avertiſſent qu'il y a deux écueils également conſidérables en cette matiere.

Le premier, qui a pluſieurs objets, eſt de confondre les choſes qui appartiennent à la ſolemnité des actes, enſemble les effets qui réſultent de la nature même de ces actes d'une part, avec les charges qui naiſſent depuis l'acte, par pur acci-

dent seulement, d'autre ; & Mævius, *ad jus Lubecense, quæst.* 4, *n.* 18, de ses Prolégomenes, observe que, faute de bien distinguer ces choses, on fait de grandes bévues dans l'administration de la Justice. *Cave autem in hac materia confundas actuum & contractuum solemnia, nec non effectus ab ipsis causatos cum eorum onere, & accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur, sed non ex ipsis contractibus est, id dum multi ignorant, aut non discernunt, forenses maximopere læduntur & gravantur.*

Il observe qu'à l'égard de ces charges accidentelles subséquentes au contrat, on ne suit pas la Loi du lieu du contrat. *In his enim quia non spectant ad formam, modumque contrahendi, contractum autem extrinsecus subsequuntur, non sectamur statuta loci contractûs.*

Il y a donc, comme nous venons de le remarquer, trois choses à distinguer, selon Mævius; 1°. *actuum & contractuum solemnia;* 2°. *effectus ex ipsis causatos*, & ces deux choses suivent la Loi du lieu du contrat; 3°. *onus & accidens extrinsecum*, & pour lors, *non sectamur Statuta loci contractûs.*

Si, par rapport à ces trois choses, tout le monde convenoit avec Mævius, que les deux premieres se reglent toujours par la Loi du contrat, dès que nous les aurions connues & distinguées, nous n'aurions plus à chercher la Loi qui doit régir la troisieme.

Mais, si on se réunit à dire que *quantùm ad solemnia*, il faut suivre la Loi du lieu du contrat, on ne se réunit pas à convenir de la Loi qui doit régler les effets qui naissent des contrats, *effectus ab ipsis causatos*, ni les charges accidentelles & étrangeres qui les suivent.

D'ailleurs, avant que d'en venir là, il y a bien des difficultés à surmonter pour connoître ce qui doit être regardé *tanquàm solemnia contractuum, vel tanquàm effectus causati à contractibus, vel tanquàm onus & accidens extrinsecum.*

Par exemple, la Loi *si fundus*, exige du vendeur, de donner caution pour la garantie de la vente; cette charge de donner caution est-elle *accidens extrinsecum*, ou appartient-elle à la solemnité de l'acte, ou doit-on la regarder *tanquàm effectus causatus à venditionis contractu?*

Selon Mævius & la plus grande partie de nos Auteurs, il faut considérer la caution requise comme appartenant à la solemnité

ſolemnité, & à la maniere de contracter *ad ſolemnitatem & modum contrahendi*, & par conſéquent ſuivre la Loi où le contrat a été paſſé; mais, ſelon Me Charles du Molin, cette Loi appartient *ad effectum, meritum & deciſionem Cauſæ*, & pour la déciſion de la queſtion, il n'a pas cru qu'il fallût ſuivre la Loi du lieu du contrat; mais il a eſtimé que ce ſont les circonſtances qui doivent déterminer ſi le vendeur eſt tenu de donner caution ou non.

C'eſt encore, par la difficulté de convenir du principe de Mævius, *quantum ad effectus à contractibus cauſatos*, que deux de nos Auteurs ſe trouvent diviſés ſur la queſtion ſuivante.

Un particulier ſe rend caution du contenu en une obligation, & ce, dans un lieu où la caution peut être pouſuivie *abſque beneficio ordinis & excuſſionis*; mais ce particulier caution eſt pourſuivi pour le paiement, dans un endroit où le bénéfice d'ordre & de diſcuſſion a lieu, quelle Loi faudra-t-il ſuivre?

On ne peut pas diſconvenir que la néceſſité ou la diſpenſe de diſcuter ne ſoit *effectus cauſatus à contractu*; auſſi Burgundus décide-t-il, dans cette eſpece même, pour la Loi du contrat, *tract.* 5, *n.* 11, *ſunt præterea quædam quæ circa contractus conſiſtunt, ut fidejuſſio quæ eſt tanquam altera obligatio, & ideò referre putandum eſt quo in loco promittatur. Conſtat enim inæqualem eſſe conditionem fidejuſſoris, ex cujuſque regionis Conſuetudine; nam ſubinde etſi verbis parem, re tamen imparem obligationem ſuſcipit: quibuſdam enim locis qui ſimplex fidejuſſor pro altero extitit, ut principalis reus conveniri poteſt. E contrà apud Gandenſes, fidejuſſores non aliter tenentur quàm ſi debitorem creditor excuſſerit: proinde formam acceſſoriæ obligationis à loci natura ubi contrahitur, vimque, & interpretationem admittere rationi conſentaneum eſt.*

Cependant Faber, *C. lib.* 8, *tit.* 23, *de except. defin.* 1a, décide pour la Loi où ſe porte la conteſtation, parce que, dit-il, *illa exceptio eſt dilatoria*, & comme telle appartient *ad litis ordinationem, & non ad deciſionem, cùm non ſit peremptoria.* Je traiterai cette queſtion ci-après, & je ne fais, quant à préſent, que propoſer.

Le ſecond écueil à éviter, eſt de ne jamais déférer à la Loi de la ſituation; & Burgundus, *ad conſt. Fland. tract.* 4, *n.* 9, ſe récrie fort ſur ce que les Auteurs ont cru que la Loi de la ſituation n'entroit pour rien dans le plan qu'il falloit ſe faire

sur cette matiere ; *quare satis mirari non possum quid scriptoribus in mentem venerit omnem rerum cogitationem à contractibus excludere, & generaliter obligationes interpretari secundùm Consuetudines loci ubi sunt celebratæ ; quæ sane, quam sint à communi utilitate, foroque aliena, nemo est qui non videat ; quippe non solum in emptione obtinet ut ad Consuetudinem rei spectare deceat, sed in locatione præterea & conductione, cæterisque contractibus.*

Comme cet Auteur s'est proposé de traiter de la Loi qu'il faut suivre par rapport aux contrats, & que ce qu'il a dit à cette occasion est ce que j'ai trouvé de plus méthodique & de plus travaillé, j'ai cru devoir en mettre un extrait sous les yeux de mon lecteur.

Burgundus, *tract.* 4, *supra cit.* agite, *quis locus spectandus sit in contractibus ? & tract.* 5, *quis locus spectari debeat in quasi contractibus, & in iis quæ circa contractus consistunt ?* & voici l'extrait de ses décisions sur ces deux questions.

Par rapport à la premiere, il observe que tout contrat est composé de forme & de matiere, c'est-à-dire que, dans tout contrat, il y a la forme & la chose dont on a contracté. *Omnis obligandi ratio habeat necesse est rem & verba, hoc est formam & materiam ;* mais il ajoute ensuite pour seconde considération, qu'il n'est pas indistinctement permis de contracter en tous lieux & en tout temps ; c'est-à-dire d'appliquer, en tout temps & en tous lieux, la forme & la matiere aux contrats : *sed nec omni loco & tempore contrahere licet.* Il dit encore qu'il est nécessaire de prendre garde avec qui l'on contracte : *plurimum quoque refert cum quibus stipulemur.*

Enfin il termine, en remarquant que c'est en vain que toutes les choses ci-dessus concourroient pour la validité du contrat, si les conventions des parties n'étoient pas conformes aux Loix, *& sane hæc omnia supervacua sint, nisi & secundùm Leges paciscamur.*

Ces premieres idées présupposées, le principe de Burgundus est d'abord qu'en ce qui regarde la forme des contrats, & en tout ce qui sert à la perfection de cette forme, il faut suivre la Loi du lieu où se passe le contrat, *& quidem in scriptura instrumenti, solemnitatibus & ceremoniis, & generaliter in omnibus quæ ad formam, ejusque perfectionem pertinent, spectanda est Consuetudo regionis ubi fit negotiatio.*

Au nombre des choses *quæ pertinent ad formam, ejusque*

perfectionem, ce qu'il appelle *ſubſtantialia contractûs*, il met la néceſſité, preſcrite dans certaines Coutumes, de donner caution pour la garantie d'une vente. *Unde recte Angelus notavit, ſi ad ſubſtantiam contractûs ſatiſdatio requiritur, cavendum eſſe pro evictione, alioquin nullam omninò fore conventionem.*

La Loi qui détermine les lieux & les temps où les contrats doivent être faits, décide encore de la forme : *conditio loci & temporis perfectionem formæ quoque reſpiciunt, & ideò à regione contractus pariter diriguntur.*

Il en eſt de même, ſelon Burgundus, des diſpoſitions qui ſe font *ſub modo :* par exemple, quelqu'un ſtipule à Gand que l'obligation qu'il contracte, ne pourra être exigée que de Titius, l'un de ſes héritiers. Burgundus décide que cette ſtipulation ne pourra pas à Gand être utile aux autres cohéritiers; *pactum conventum cohæredibus eſt inutile ;* mais que ſi elle eſt faite à Aloſt où elle eſt autoriſée, elle aura lieu, *verumtamen ſi idem pactum Aloſti convenerit, perſona Titii in ſolidum tenebitur, propter Conſuetudinem loci ubi proponitur contractum.*

Enfin, il renferme tout ce qu'il penſe ſur la Loi qui régit la forme des contrats, en diſant que, *quoties de vinculo obligationis, vel de ejus interpretatione quæritur, veluti quos, & in quantùm obliget, quid Sententiæ ſtipulationis ineſſe, quid abeſſe credi oporteat. Item in omnibus actionibus, & omnibus ambiguitatibus quæ inde oriuntur, primum quidem id ſequimur quod inter partes actum erit, aut ſi non patet quid actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in regione in qua actum eſt, frequentatur ;* & il finit ainſi cet *art.* 1. *Et hæc quidem cuncta de ſolemnitate dicta ſunt.*

De-là il paſſe à ce qui regarde la matiere des contrats; c'eſt-à-dire, aux choſes dont on a diſpoſé, & il dit qu'à cet égard il faut ſuivre la Loi de la ſituation, & il en fait l'application à trois eſpeces, que nous allons diſcuter tout préſentement.

Enfin, quant aux conventions, pour connoître ſi elles ſont licites ou non, cela dépend de la forme, & par conſéquent de la Loi du lieu du contrat, & il en fait l'application aux intérêts ſtipulés. *Licita verò an illicita ſtipulatio à forma quoque videtur proficiſci, & ideò iiſdem Legibus dirigitur, quibus ipſa forma, & ad locum contractûs collimare oportet : quare & uſurarum modus is conſtituendus eſt qui in regione, in qua eſt contractum, legitime celebratur.*

Par rapport à ce qui regarde les quasi contrats, il en faut dire la même chose que des contrats, *idem in quasi contractibus, quod in contractibus obtinet.*

On voit que Burgundus soustrait seulement à la Loi du contrat, ce qui s'appelle la matiere des contrats, qu'il fait régir par la Loi de la situation; tout le reste, selon cet Auteur, est régi par la Loi où le contrat a été passé.

Pour montrer qu'il faut quelquefois déférer à la Loi de la situation, par préférence à la Loi du contrat, Burgundus rapporte trois exemples. » A Alost, dit-il, la Loi est que l'ac-» quéreur particulier d'un fonds, est obligé d'entretenir le bail » du Fermier subsistant au jour de la vente. Or, le fonds vendu » est situé à Alost; mais le contrat de vente se passe dans un » lieu où l'on suit la Loi *Emptorem Cod. de locat. cond.* selon » laquelle l'acquéreur à titre singulier, n'est pas tenu d'entre-» tenir le bail, & il décide que cette circonstance du contrat, passé ailleurs, ne sauroit donner atteinte à la Loi qui a vigueur dans le lieu où l'héritage vendu est situé.

Voici un second exemple. Dans un lieu où est situé un héritage, la Jurisprudence est que la tacite reconduction est pour trois ans, la location se fait dans un endroit où cette Jurisprudence n'est pas observée. Burgundus décide, dans cette espece, que la tacite reconduction doit avoir lieu, suivant la Loi de la situation.

Enfin, pour troisieme exemple, un homme a un fonds situé dans un endroit où le vendeur a la faculté de se repentir jusqu'à la tradition; il le vend dans un endroit où cette faculté n'est pas autorisée. Burgundus décide encore que le vendeur pourra se repentir, parce que les parties sont présumées s'être conformées aux Loix qui régissent les biens. *Propter præsumptam partium voluntatem quam videntur accommodare rebus de quibus contrahunt; ita ut nihil existiment agi, si natura rei vinculo obligationis officiat, alioquin familiare est ut materia suas Leges contractibus inserat.*

De ces trois décisions que Burgundus vient de nous donner, je crois d'abord la premiere très-réguliere; mais ses raisons ne me paroissent pas suffisamment développées.

J'estime donc, avec Burgundus, qu'en quelque lieu que le contrat de ferme ait été passé, le Fermier peut se défendre contre la demande en délaissement de la ferme, formée par

le nouvel acquéreur ; & ce, en vertu du droit inné dans ſon bail, & que la Loi de la ſituation donne à ce Fermier, ſur les biens qui lui ont été affermés ; c'eſt proprement l'héritage qui ſe défend, comme dans la preſcription, & le Fermier ne doit pas ſouffrir du fait particulier de celui qui lui a paſſé le bail, quand la Loi du fonds qu'il exploite eſt en ſa faveur. J'eſtime même que l'acquéreur n'a point de recours contre ſon vendeur, à l'exemple de ce qui ſe pratique dans le retrait, par la raiſon que c'eſt une Loi réelle publique, dont l'acquéreur a dû ſe faire informer.

Quant à la ſeconde, je crois encore, comme Burgundus, qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation ; mais, dans cette eſpece, je ne me trouve pas combattu par deux Loix différentes, ſavoir, la Loi de la ſituation & la Loi du contrat, parce que j'eſtime que la Loi de la ſituation & celle du contrat, ne ſont, dans l'eſpece propoſée, qu'une même Loi.

En effet, la tacite reconduction eſt une nouvelle convention tacite, préſumée faite entre le Propriétaire & le Fermier. Or, c'eſt dans le lieu où eſt ſitué le fonds, que cette convention tacite eſt préſumée faite. C'eſt effectivement là où le Fermier eſt préſumé devoir remettre la ferme après l'expiration de ſon bail, parce que c'eſt là où le Propriétaire eſt préſumé ſe rendre, pour connoître la bonne exploitation de ſon Fermier, faire la viſite de ſa ferme, & voir ſi elle n'eſt point dégradée ; ainſi, deux choſes concourent ici en faveur du Fermier, ſavoir, le lieu de la tacite reconduction, & le lieu de la ſituation, qui ne ſont qu'un même lieu, ce qui fait ceſſer toute difficulté.

C'eſt pourquoi, ſi l'héritage eſt ſitué dans une Coutume qui n'admet pas la tacite reconduction, le Fermier qui aura continué, après ſon bail, d'exploiter la ferme ſans avoir encore récolté, n'aura, contre le Bailleur qui voudra l'expulſer, qu'une action, afin de répéter ſes façons, labours & ſemences, s'il les a faites.

La tacite reconduction n'eſt pas, dans le Royaume, un droit général. J'ai vu une conſultation de M. Quinquet, Avocat à Soiſſons, du 15 Mars 1715, dans laquelle ce Conſultant établit que la tacite reconduction n'a point lieu dans tout le Bailliage & Siege Préſidial de Soiſſons, & l'on m'a aſſuré qu'il y a eu Arrêt conforme à la conſultation. J'ai trouvé encore

qu'en Artois, & dans le Cambresis, la tacite reconduction n'a pas pareillement lieu, suivant l'Arrêt du Conseil du 23 Août 1718, sur lequel il a été délivré des Lettres-Patentes du 27 Avril 1719; & suivant un autre Arrêt du Conseil, du 25 Novembre 1724.

Mais pour la troisieme décision de Burgundus, qui regarde la faculté de se repentir de la part d'un vendeur, elle est susceptible de grandes difficultés. Burgundus a envisagé la question du côté de la chose vendue; mais ne doit-on pas plutôt l'envisager du côté du contrat?

La faculté de se repentir avant la tradition, ne seroit-elle pas un mode de la vente, & n'appartiendroit-elle pas *ad vinculum obligationis?* N'est-ce pas *Lex certa quæ imponitur datione rei & sub qua aliquid relinquitur?* comme dit Cujas, *Quæst. Pap. lib.* 17, *l.* 71, *ff. de cond. & demonst.* Suivant la Loi de la situation, il n'y a de vente, & d'engagement irrévocable qu'après la tradition; & suivant la Loi du lieu du contrat, la vente est irrévocablement obligatoire, même avant la tradition.

Or, le vendeur qui vend dans le dernier endroit, & l'acquéreur qui acquiert, ne contractent-ils pas une vente affectée du mode, c'est-à-dire, de la révocabilité, ou irrévocabilité admise dans le lieu où se passe le contrat? L'engagement d'entre eux, ce *vinculum obligationis*, semble devoir se régler suivant cette Loi, parce que le mode du contrat, est inséparable du contrat, & par conséquent il faudroit dire que c'est la Loi du lieu du contrat qu'on doit suivre dans cette troisieme espece. Ne pourroit-on pas même appliquer, en cet endroit, contre Burgundus, ce qu'il dit lui-même, d'après la Loi, *quoties de vinculo obligationis quæritur, primum id sequemur quod inter partes erit actum, aut si non patet, sequemur quod in regione, in qua actum est, frequentatur.*

Je remarquerai que M. Pollet, en ses *Arrêts de Flandre, part.* 2, *chap.* 31, se détermine différemment, suivant les différentes especes. Si l'on vend dans une Coutume qui ne permet pas de se départir de la vente, la Coutume de la situation ne peut décharger les parties de leur obligation.

Ainsi M. Pollet, dans la premiere espece proposée, défere d'abord à la Loi du contrat; il y a un engagement & une obligation contractée entre les parties, & elles ne peuvent le résilier.

« Mais, ajoute-t-il, comme la Coutume de la ſituation peut » empêcher que cette vente ſoit exécutée, s'agiſſant de biens » ſitués dans ſon reſſort, le vendeur ne peut être tenu de dé- » livrer l'héritage vendu ; mais auſſi il ne peut éviter les dom- » mages & intérêts de l'acheteur, provenant du défaut de tra- » dition. «

Ainſi M. Pollet, dans la premiere eſpece propoſée, défere aux deux Coutumes. Il y a un engagement, il doit tenir ; mais la Loi de la ſituation s'y oppoſe, il faut des dommages & intérêts, réſultants de l'inexécution, cela eſt conforme à ce que dit Burgundus, *promiſſio obligat illum qui promiſit rem, ejuſque hæredes, & ſi illam præſtare non poſſint quia cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet .... impedimentum enim illud extrinſecus accedit, & non irritatur obligatio, ſed evicto fundo ad id quod intereſt actio competit.*

Dans le cas contraire, où la Loi du contrat permet de ſe repentir, & la Loi de la ſituation ne le permet pas, il ſemble néceſſaire de décider que comme il n'y a pas d'engagement, il n'y a pas auſſi d'obligation de faire la tradition, & que par conſéquent il n'y a pas de dommages & intérêts pour l'inexécution du contrat.

De tout ce que nous venons d'expoſer, l'on voit la difficulté qu'il y a de donner des regles certaines dont on puiſſe tirer les véritables déciſions.

Voici les maximes que nous preſcrit Bartole, *ad L. cunctos populos, Cod. de ſumm. Trinit. n.* 13, & d'après lequel nos Auteurs paroiſſent s'être détetminés. *Quæro quid de contractibus? Pone contractum celebratum per aliquem forenſem in hac civitate : litigium ortum eſt, & agitur lis in loco originis contrahentis ; cujus loci Statuta debent ſervari, vel ſpectari? Diſtingue, aut loquimur de Statuto, aut de conſuetudine quæ reſpiciunt ipſius contractûs ſolemnitates, aut litis ordinationem, aut de his quæ pertinent ad juriſdictionem ex ipſo contractu evenientis executionis ; primo caſu inſpicitur locus contractûs.* 2°. *Caſu, aut quæris de his quæ pertinent ad litis conteſtationem, & inſpicitur locus judicii ; aut de his quæ pertinent ad ipſius litis deciſionem, & tunc aut de his quæ oriuntur ſecundùm ipſius contractûs naturam tempore contractûs, aut de his quæ oriuntur ex*

post facto propter negligentiam, vel moram. 1°. *Casu inspicitur locus contractûs.*

Et, n. 20, *breviter dicerem sic; aut quis vult petere restitutionem ex læsione contingente in ipso contractu, tempore contractûs, & inspicimus locum contractûs; aut ex læsione contingente post contractum ex aliis negligentiis, ut mora, & inspicimus locum ubi est mora illa contracta.*

De ces décisions, Christineus, *vol.* 1, *Décis.* 223. en a tiré cette conséquence, que *si in loco contractûs minor nequit restitui, inspiciendum erit illud Statutum, nec poterit per Judicem causæ incæptæ restitui, etiamsi ex Statuto ibi posset restitui, nisi peteretur restitutio ex læsione posteà emergente ex præscriptione, aut in judicio.*

Voici présentement quelles sont mes réflexions.

Je remarque d'abord que nos Auteurs se déterminent assez unanimement pour la Loi où se passe le contrat; ils en font même une regle générale: *locus contractûs regit actum*, disent-ils presque tous, & cette regle est tellement générale chez eux, que la Loi 65, ff. *de Judiciis*, exigeant que la dot de la femme se regle par la Loi du domicile du mari au jour du mariage, & non par la Loi *ubi instrumentum dotale conscriptum est*, Godefroy regarde cette Loi comme une exception du Droit général, *speciale est in contractu dotis, ut non inspiciatur locus contractûs, sed domicilium mariti.*

Le principe de nos Auteurs, pour décider ainsi, est que le Juge du lieu où le contrat a été passé, est le Juge du contrat.

Or, disent-ils, c'est la même chose d'être soumis à la Jurisdiction d'un lieu, & d'être lié & astreint aux Loix de ce lieu. *Paria sunt forum alicubi sortiri, & Statutis ligari: si ibi forum, ergo & jus.*

Mais si cette maxime est vraie en matiere criminelle, *ratione delicti* (parce que le coupable, dans ce cas, *sortitur forum*, & *efficitur subditus Jurisdictioni loci.* Mol. *Cod. lib.* 1, *tit.* 1, *de delictis*, voyez l'Ordonnance de 1670) elle n'a pas lieu, parmi nous, en matiere civile; & comme nous n'admettons pas cette raison de décider, il n'est pas possible d'admettre la décision.

En effet, parmi nous, les Jurisdictions sont de Droit public, & les actes n'attribuent, de Droit commun & ordinaire, aucune

cune Juriſdiction ; par conſéquent il n'eſt pas poſſible de préſumer que les parties aient voulu s'aſtreindre aux Loix d'un lieu dont elles ne ſont pas juſticiables.

En France, dit Bacquet, *ch.* 8, *des Droits de Juſtice, n.* 27, *non inſpicimus locum contractûs, nec locum ſolutionis, ſed domicilium debitoris :* tellement que le titre du ff. *de eo quod certo loco dari oportet*, la Loi unique, au Cod. *ubi conveniatur qui certo loco dare promiſit*, la Loi *contraxiſſe, ff. de act. & oblig.* la Loi *quæro, ff. de ſolut.* ne ſont point obſervées parmi nous pour fixer la Juriſdiction. Voyez du Molin, *in Commentaria Decii, ad Digeſt. vet. part.* 1, *rubri. de Juriſd. omn. Jud. L.* 18, *verbo contrarium & ad jus pont. tit. de Judiciis, in cap. de quo vult.*

Burgundus obſerve auſſi que, ſuivant les mœurs de ſa nation, le débiteur ne peut pas être convenu dans le lieu où il s'eſt obligé de payer. *Debitor moribus noſtris in foro ſolutionis, non recte convenitur, tract.* 2, *n.* 23.

Je ne connois en matiere civile que quelques exceptions à ce principe général. La premiere eſt celle de l'Ordonnance de 1673, qui permet en l'*art.* 17 du *tit.* 12, au marchand créancier d'un autre marchand avec qui il eſt en commerce, de donner aſſignation, à ſon choix, au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la promeſſe a été faite, & la marchandiſe fournie, ou au lieu auquel le paiement doit être fait.

Je ne parle pas des Juges de privilege & d'attribution ; ce ne ſont encore que des exceptions qui ſervent à fonder notre principe général.

Il y a encore l'exception concernant les étrangers qui poſſedent des biens dans le Royaume : ils ne peuvent être pourſuivis en France en action perſonnelle ; ils le peuvent être ſeulement en action hypothécaire. Voyez l'*Obſerv.* 25.

Une autre raiſon, employée par ceux qui ſe déterminent pour la Loi du lieu du contrat, eſt que les parties ſont préſumées ſe ſoumettre à la Loi du lieu où ils contractent ; mais ce principe pris généralement & cruement, *ruditer & indiſtinctè*, dit Me Charles du Molin, n eſt pas vrai. Les circonſtances différentes ſont ſeules la déciſion de cette queſtion, n'étant pas poſſible de dire qu'un homme qui contracte par hazard & fortuitement dans un lieu, & qui peut-être n'a pas intention d'y revenir jamais, ait néanmoins voulu ſe ſoumettre à une

Loi qui lui est étrangere, & dont il n'a souvent pas eu le temps d'être informé; & ces réflexions militent, soit pour le cas où il ne seroit question que d'un engagement personnel, soit à plus forte raison, s'il s'agit d'un fonds situé ailleurs.

C'est pourquoi à ce principe général de nos Auteurs, qu'il faut suivre la Loi où les contrats ont été passés, Hertius, *de collisione Leg. sect.* 4, *n.* 10, met jusques à six exceptions, dont voici la quatrieme, *si exterus ignoravit Statutum.* C'est ce qui a fait dire à Schotanus, *Disputat.* 8, *n.* 9, que *advenæ duo qui sunt ejusdem territorii, alio in loco quàm suo simpliciter contrahentes fortuitò, ignari juris quod aliter observatur in loco contractûs, quàm suo, non videntur secundùm aliud jus, quàm id, quod in sua patria obtinet, contraxisse. Adventitius hic casus, quod simul in eum locum venerint, non hic computandus.*

Après tout ce que je viens de remarquer, voici ce qui m'a paru de plus raisonnable en cette matiere.

PREMIERE REGLE.

Il faut suivre la Loi du lieu où le contrat a été passé dans tout ce qui peut concerner la preuve & l'authenticité du contrat, & la foi qui lui est due, c'est-à-dire, dans tout ce que j'ai appellé ailleurs solemnités, &, à cet égard, il ne paroît pas deux avis, & c'est ce que j'ai traité ci-devant. *Observ.* 23.

M. le Camus, dans son acte de notoriété, du 23 Février 1708, observe que, suivant la Coutume de Paris, la veuve qui veut renoncer à la communauté de son mari, doit faire inventaire bon & loyal, avec personne capable, & même avec un légitime contradicteur, quand il y a des enfants mineurs, & que cette veuve, dans le cas même où son mari ne laisse aucun bien à inventorier, doit faire un acte de carence, avec les mêmes formalités que l'on feroit l'inventaire, s'il y avoit lieu à en faire. Au surplus, si l'on veut savoir *quæ fides adhibenda catalogis, quæ exemplis publicis, aut privatis, quæ exemplis exemplorum*, il faut consulter Me Ch. du Mol. §. 8, *novæ Consuetud.*

SECONDE REGLE.

Il faut communément suivre la Loi du lieu du contrat dans

tout ce qui peut former le lien du contrat, ce que l'on appelle *vinculum obligationis ;* cependant cela dépend beaucoup des circonſtances.

Ainſi deux particuliers contractent enſemble en préſence de témoins, & ſans écrit, dans un endroit où pareilles conventions forment de véritables engagements, & à raiſon de quoi la preuve par témoins eſt admiſe dans cet endroit, pour quelque ſomme que ce ſoit, même au-deſſus de 100 livres ; ils plaident enſuite dans un lieu où cette preuve par témoins n'eſt pas admiſe ; dans cette eſpece, je ne trouve pas de difficulté à dire qu'il faudra admettre la preuve par témoins, parce que telle preuve appartient *ad vinculum obligationis & ſolemnitatem ;* & c'eſt ſans doute dans cette eſpece que ſe trouverent les deux Anglois, dont parle Brodeau, *lettre* C, *n.* 42, entre leſquels fut ordonné la preuve par témoins, pour un prêt qui excédoit 100 livres, & dont il n'y avoit pas d'écrit. Voyez le traité de la Preuve par témoins de Danty, *pag.* 41, de l'édition de 1708.

Quelques-uns prétendent que cela a été ainſi jugé, non pas parce que ces deux Anglois avoient contracté ſelon la Loi du lieu du contrat, mais parce qu'étant Anglois, ils avoient contracté entr'eux, comme on contracte dans leur nation ; mais cette réflexion ſeroit bonne, ſi, ayant contracté ailleurs, ſelon les Loix de leur pays, ils venoient plaider chez eux, *tunc ex æquo & bono in patria ſuſtineretur contractus,* & c'eſt la déciſion de Hertius, *de Colliſ. Leg. poſit. n.* 10 ; où, après avoir établi que *Lex actui formam dat,* & que *inſpiciendus eſt locus actûs, non domicilii, non rei ſitæ,* obſerve que cette regle ne vaut pas, *ſi actus inter duos celebretur, verbi gratiâ Pactum, & uterque paciſcens ſit exterus, & unius civitatis cives ; dubitandum enim non eſt actum à talibus, ſecundùm Leges patriæ, factum in patria valere.*

Voet. *ſect.* 9, *cap.* 2, *n.* 9, dit la même choſe ; c'eſt encore la déciſion de Godefroi, ſur la Loi 20, *ff. de Juriſdict.* dans le cas d'un teſtament. *Quid ſuperioribus locis factum teſtamentum, non illorum locorum ſolemnitate, ſed patriæ, nùm in patria valebit ? Id videtur : jus enim patriæ in teſtamentorum ſolemnitatibus ſpectari oportet ;* mais je ne vois pas d'Auteurs qui ſoient de l'avis qu'un tel contrat fait ailleurs, *ſecundùm patriæ Leges,* doive avoir lieu *etiam extra patriam.*

Mais si un Anglois avoit contracté en France avec un François, j'estimerois que la preuve par témoins n'eût pas été admissible : un étranger qui contracte en France avec un François, est dès lors soumis aux Loix de France, en ce qui regarde la maniere de contracter. Voyez *Quæst. Not.* & maximes du Droit, imprimés à Grenoble en 1702, *Quæst.* 14.

C'est par l'application de cette regle que j'ai cru qu'on pouvoit attaquer Burgundus, lorsqu'il dit que la faculté de se repentir, accordée dans certains endroits au vendeur jusqu'au moment de la tradition, dépendoit de la Loi de la situation ; il paroît au contraire que c'est un mode de la vente, concernant le lien du contrat qui doit, en certaines circonstances, suivre la Loi du contrat. Je me suis expliqué ci-devant sur cette question.

En est-il de même de l'exemple suivant ? Un homme fait une vente dans un lieu où tout vendeur est obligé de donner caution pour la garantie : sera-t-il obligé à cette charge, encore qu'il ne soit pas domicilié dans ce lieu, & que les héritages vendus fussent situés ailleurs ? Cette charge appartient-elle au lien du contrat ? Nos Auteurs répondent presque tous pour l'affirmative. C'est, disent-ils, une formalité requise pour la parfaite formation de la vente, *ad firmitatem contractûs*, c'est *onus conventionis & obligationis.* C'est un mode de la convention : on sait que tout vendeur est tenu *vacuam tradere possessionem, & præstare de evictione.* Cette garantie, dans le droit commun, est suffisamment assurée par l'action personnelle que l'acquéreur a de droit contre son vendeur, & même par l'action hypothécaire, quand la vente est par devant Notaires ; mais, dans certains lieux, la Loi exige une caution pour cette garantie. C'est donc un mode qu'elle ajoute à la garantie qu'elle demande au vendeur, laquelle fait partie du lien du contrat, & qui lui donne sa perfection : c'est ce que nos Auteurs appellent *Naturalia contractûs : ea enim quæ autoritate Legis, vel Consuetudinis contractum concomitantur, eidem adhærent : naturalia à doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura, & in naturam transit ; atqui quoad naturalia contractuum, etiam forenses Statuta loci contractûs observare debent.* Lauterback. *diss.* 104, *part.* 3, *n.* 58 ; c'est ce qui a fait dire à Christineus, *vol.* 1, *décis.* 283, que *generaliter in omnibus quæ ad formam, ejusque perfectionem pertinent, spectanda est Consuetudo regionis ubi fit negotiatio . . . Ac proinde*

ſi ad ſubſtantiam contractûs, requiritur ſatisdatio, cavendum eſſe pro evictione, alioquin nullam omninò fore conventionem... Etiamſi res de qua contrahebatur, erat alibi ſita.

Mais, à ces raiſons, ne ſeroit-on pas fondé à oppoſer que la formalité de la caution que le vendeur eſt obligé de donner pour la garantie de la vente, que ce mode qui caractériſe la ſorte de garantie qui eſt due par le vendeur, n'appartient inconteſtablement, ni à la preuve & à l'authenticité de la vente, ni au lien du contrat, parce que la vente n'en eſt pas moins parfaite & obligatoire entre les parties? La néceſſité de garantir la vente eſt, à la vérité, du nombre des choſes que nous appellons *naturalia contractûs;* mais nous en admettons de deux ſortes; les unes qui naiſſent *ab eſſentialibus cujuſque contractûs principiis*, & d'autres *quæ ex Conſuetudine tantùm inſunt.* Voyez l'*Obſerv.* 23, ſur les formalités.

Or, la néceſſité de donner caution eſt, ſi vous voulez, *inter naturalia contractûs;* mais elle eſt de la ſeconde claſſe. *Ineſt ex Conſuetudine tantùm;* uſage même particulier & local qui n'eſt pas de droit commun, & qui à peine mériteroit d'être mis *inter naturalia contractûs*, du moins *poteſt abeſſe à contractu, ſine deſtructione contractûs.* C'eſt donc une charge à laquelle le vendeur n'eſt pas préſumé s'être ſoumis, quand il ne paroît pas qu'il en ait été certifié, & que d'autres circonſtances ne concourent pas avec le lieu du contrat; & cela d'autant plus que la néceſſité de donner caution, dégénere en action perſonnelle, & que pareilles actions devant s'intenter au domicile du débiteur, c'eſt la Loi du domicile qui doit régir ces ſortes d'actions.

Me Charles du Molin ſe récrie fort contre le premier avis que l'on appuie ſur la Loi *ſi fundus, ff. de evict.* & il prétend que les Docteurs ont très-mal entendu cette Loi, & qu'ils en font une mauvaiſe application, qu'elle ne décide qu'une eſpece particuliere renfermée dans certaines circonſtances qui ſe trouvoient favorables à la Loi du contrat; mais il ne veut pas qu'on en faſſe une déciſion générale, & il croit que le Statut en lui-même *non concernit rem, ſed perſonam, quia ſatiſdatio eſt præſtatio perſonalis;* & qu'il faut conſulter ce que vraiſemblablement les contractants ont voulu, & que le vendeur n'eſt préſumé avoir voulu s'obliger que ſelon la Loi de ſon domicile.

M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 192, se détermine aussi par la volonté présumée de celui que l'on prétend être, à raison d'un contrat, assujetti à quelque charge, & il décide qu'il faut suivre la Loi de son domicile, à moins qu'il n'y ait une stipulation contraire, ou une circonstance qui fasse présumer que les contractants ont voulu se soumettre à la Loi du lieu du contrat.

On ne peut pas douter que, quand il y a une stipulation, il faut s'y référer. On accordera encore qu'il pourroit y avoir des circonstances si décisives, qu'elles détermineroient; mais ôtez, soit la stipulation, soit les circonstances, faut-il suivre le domicile du vendeur ou de l'acquéreur de droit réglé, ou faut-il suivre la Loi du lieu du contrat? Alderanus Mascardus, *Concl.* 7, *n.* 75, dit, comme Me Charles du Molin, que la Loi qui oblige un vendeur de donner caution, *pertinet ad decisionem causæ*; mais, contre l'avis de Me Charles du Molin, il veut que ce soit la Loi où le contrat a été passé, qui en fasse la décision, parce que cette charge de donner caution *oritur secundùm naturam contractûs*, &, dans ce cas, son principe est que *in iis quæ spectant decisoria causæ, & litis decisionem, inspiciuntur Statuta loci ubi contractus fuit celebratus, quoad effectus causatos, vel causandos ex ipso contractu, secundùm naturam contractûs, nullo facto extrinseco occurrente.* Et voici l'application qu'il fait de son principe: *quod si Senis sit Statutum vel Consuetudo quod venditor teneatur præstare fidejussionem emptori de evictione, & Florentinus vendidit mihi Senensi prædium situm in territorio Florentino, & fuerit hic Senis celebratus contractus, sed nihil fuerit dictum de fidejussore, tamen tenebitur Florentinus mihi fidejussorem præstare, sive conveniatur hic Senis, sive Florentiæ, licèt prædium emptum sit in territorio Florentino, quia ista Consuetudo, sive Statutum de fidejussore præstando respicit decisionem causæ, & est effectus causatus ab ipso contractu, tempore ipsius contractûs, ob Statutum loci, nullo extrinseco interveniente, sed secundùm naturam ipsius contractûs.*

Quoi qu'en dise le plus grand nombre de nos Auteurs, si j'étois dans la nécessité de prendre parti, je me rangerois du côté de Me Charles du Molin suivi par M. le P. Bouhier. J'estime en effet, comme lui, que la décision dépend beaucoup des circonstances, encore plus des termes dans lesquels la Loi

eſt conçue ; car, ſi, faute de donner caution, la Loi prononçoit la nullité de la vente, qui pourroit douter que cette charge appartiendroit dès lors au lien du contrat, *ad firmitatem contractûs ?* mais, hors ce cas précis, j'eſtimerois que les circonſtances peuvent beaucoup influer ; la charge dès lors de donner caution, n'appartient plus au lien du contrat, c'eſt *onus conventionis, ſed non eſt vinculum formans ipſammet conventionem.*

Voici une autre queſtion, j'en ai dit deux mots ci-devant.

On ſait que, dans l'ancien Droit Romain, deux obligés ſolidaires pouvoient être contraints pour le tout ſans aucune diviſion. Tiraqueau, §. 31, *n.* 10, *de Retractu*, obſerve que l'uſage eſt encore tel en Poitou, *etiamſi nulla ſit renuntiatio beneficio diviſionis ;* & Dupineau, en ſes Obſervations, ſur Anjou, *art.* 468, obſerve que, dans cette Coutume, il a vu que, nonobſtant l'allégation de la ſolvabilité de chacun des débiteurs ſolidaires, ils ont été ſolidairement condamnés à payer, leur recours réſervé les uns contre les autres.

Au contraire, ſelon le droit des Novelles, tous obligés ſolidaires peuvent exciper de ce bénéfice de diviſion, s'ils n'y ont renoncé.

His positis, je ſuppoſe que pluſieurs particuliers ſe ſoient obligés ſolidairement dans un lieu où le droit des Novelles eſt obſervé, qu'ils ſoient domiciliés en Anjou ou en Poitou où l'on ſuit l'ancien Droit ; ces particuliers ſont pourſuivis ſolidairement. Je demande dans cette eſpece, s'ils pourront propoſer le bénéfice de diviſion ; la Coutume où ils ont contracté le veut, celle du domicile ne le veut pas, *quid Juris ?*

Cette queſtion a de grandes difficultés. Je n'examinerai pas ſi ce bénéfice de diviſion eſt ſimplement dilatoire, ou s'il eſt peremptoire : les uns l'ont cru ſimplement dilatoire, *litem differt, non perimit : ſi quidem creditor, excuſſo uno debitore, poteſt redire ad alium.* Faber, *Cod. L.* 8, *tit.* 23, *de except. Defin.* 1, eſt de cet avis ; mais Vinnius, *Inſt. liv.* 4, *tit.* 13, §. 10, *n.* 2, ſoutient le contraire, & dit que *rectiùs alii ad peremptorias exceptiones eam referunt.*

Mais ſoit que cette exception ſoit peremptoire, ſoit qu'elle ne ſoit ſimplement que dilatoire, il paroît qu'elle appartient au lien du contrat ; les obligés ſolidairement ſont plus ou

moins étroitement obligés, selon qu'il y a division, ou qu'il n'y en a pas; & par conséquent c'est la Loi du contrat qu'il faut consulter.

D'un autre côté, le bénéfice de division est une exception personnelle contre l'action; ce sont les obligés qui se défendent par les Loix qui les régissent, comme, dans les actions réelles, ce sont les héritages qui se défendent par les Loix où ils sont situés.

Dans l'espece proposée, la Loi du contrat est plus favorable aux obligés que la Loi de leur domicile. Ainsi la faveur de la Loi du contrat jointe à la rigueur des principes qui se déterminent pour la même Loi, sembleroient devoir décider en faveur de la division; mais si l'on retournoit l'espece, & que les obligés, domiciliés dans une Coutume qui admet l'exception, contractassent dans une Coutume qui ne l'admet pas, faudroit-il suivre encore la Loi du contrat? La faveur de la Loi du contrat n'est plus pour eux, il n'y a plus que la rigueur; faut-il cependant décider pour cette Loi? Pour moi j'estimerois qu'il faut moins, dans ces especes, s'arrêter à la rigueur de certains principes, qu'à un fonds de justice & de faveur qui tend dans une pareille ambiguité de raisons, à soulager le débiteur.

Ainsi les obligés solidaires ont contracté sous une Loi qui leur est favorable; j'embrasse cette Loi: elle leur est contraire, j'embrasse la Loi de leur domicile, & à le bien prendre, quelque parti que j'adopte, je rentre toujours dans des principes qui m'autorisent. Voyez la *reg.* 7 suivante.

Voici une question qui pourroit être plus d'usage, & qui ne me paroît pas si difficile.

A Toulouse, celui qui est grevé de substitution, est obligé de donner caution sous quelques exceptions qui regardent les peres & meres.

En Provence au contraire, il n'est pas assujetti à fournir cette caution.

His positis, un homme est domicilié à Toulouse, & il a des biens tant à Toulouse qu'en Provence. Cet homme fait une substitution de biens situés en ces deux différentes Provinces: le grevé donnera-t-il ou ne donnera-t-il pas caution.

Si la substitution étoit générale, on pourroit dire, dans ce cas, qu'il faudroit se déterminer par la Loi du domicile de celui qui fait la substitution, que nous supposons être à Toulouse, parce

parce que la caution requiſe eſt attachée au corps de la ſubſtitution, qui prend ſon principe dans le domicile du teſtateur, où ſe fait l'ouverture de la ſucceſſion, & que telle eſt même la volonté préſumée du teſtateur, qui connoît inconteſtablement mieux les Loix de ſon domicile, & qui dans une diſpoſition générale, eſt préſumé les enviſager par préférence à toutes autres.

Que ſi, au contraire, la ſubſtitution étoit de quelques biens en particulier, la déciſion pourroit être différente, &, dans ce dernier cas, il ſemble qu'il faudroit ſe conformer à la Loi de la ſituation, parce qu'elle régit expreſſément & ſinguliérement ces effets ſubſtitués; mais j'eſtime, dans l'un & l'autre cas, qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation. Il eſt vrai que par rapport à la procédure qu'il faut tenir pour faire ordonner l'exécution de la ſubſtitution, il faut ſuivre celle où la demande doit s'intenter, qui eſt ordinairement celle du domicile du défunt. Et aux termes de la nouvelle Ordonnance de 1747 : » pardevant le Bailliage, Sénéchauſſée, ou autre Siege » Royal, reſſortiſſant nuement en nos Cours de Parlement & » Conſeils Supérieurs, dans l'étendue ou le reſſort duquel étoit » le lieu du domicile de l'auteur de la ſubſtitution, au jour de » ſon décès, ou qui aura la connoiſſance des Cas Royaux dans » ledit lieu. «

Mais quand l'exécution a été ordonnée, il faut ſe mettre en poſſeſſion des biens ſubſtitués, & cette poſſeſſion ſe doit prendre ſuivant & conformément à la Loi de la ſituation.

Que la ſubſtitution ſoit générale, qu'elle ſoit particuliere, cela doit être indifférent, parce que, dans l'un & l'autre cas, il s'agit d'entrer en poſſeſſion & jouiſſance des fonds, & qu'il faut par conſéquent ſe conformer à la Loi de la ſituation.

La volonté préſumée du teſtateur, n'eſt ici d'aucun ſecours, parce que cette formalité de donner caution, vient de la Loi, & non d'aucun contrat, & doit être accomplie littéralement : la préſomption n'eſt pas que celui qui fait la ſubſtitution, ait voulu autre choſe que ce que vouloit la Loi de la ſituation.

Cette eſpece eſt différente de celle où il s'agit d'une caution que le vendeur doit donner pour la garantie de la vente; il s'agit, dans celle-là, d'un contrat, d'une formalité à laquelle

on pourroit dire, sans déraisonner, que le vendeur s'est tacitement obligé, en contractant dans un lieu où cette formalité est nécessaire, que c'est une charge conventionnelle, écrite tacitement dans le contrat; mais dans l'espece actuelle, il s'agit d'un testament : cette formalité de donner caution, n'est pas convenue, ni expressément, ni tacitement, entre le grevé & le substitué, & elle n'est réquise que par la Loi de la situation.

C'est pourquoi si le testateur étoit domicilié en Provence, où le grevé ne donne pas de caution, & que les biens fussent situés à Toulouse, pourroit-on dire que parce que la Provence n'exige pas cette formalité, le grevé en seroit dispensé à Toulouse ? N'est-ce pas ici une charge attachée aux biens, & une formalité à remplir par celui qui veut se mettre en jouissance des biens ? & peut-il entrer en jouissance que conformément à la Loi de la situation ?

C'est ainsi qu'un gardien, noble ou bourgeois, sera tenu de donner caution, suivant que les biens seront situés en Coutumes qui l'exigeront.

C'est ainsi que le donataire mutuel donnera, ou ne donnera pas caution, suivant que les Loix de la situation y assujettiront le donataire mutuel.

C'est encore ainsi que la douairiere, quant au douaire coutumier, jouira de son douaire en donnant, ou sans donner caution, suivant que les Coutumes des biens l'exigeront.

Je dis douaire coutumier, parce que s'il est préfix en rentes ou en deniers, c'est une obligation purement personnelle, qui se régit par la Loi qui régit le mariage.

Cependant, il faut l'avouer, je trouve dans un livre intitulé, *Questions notables & Maximes du Droit*, par *** célebre Avocat au Parlement de Provence, que sur nôtre question de caution, & dans l'espece que nous venons de proposer, il semble que l'Auteur incline pour le parti contraire.

C'est par la force de notre seconde Regle, que tous nos Auteurs décident que si, pour la passation d'un contrat, *& propter firmitatem contractûs*, il est dû quelques droits, comme droits de contrôle, ou autres taxes, il faut les payer tels qu'ils sont exigés dans le lieu du contrat, *ubi nascitur contractus, id est, ubi contrahitur, & ubi verba concipiuntur.*

TROISIEME REGLE.

Il faut, par rapport à la forme intrinſeque & conſtitutive des actes, ſuivre encore la Loi du contrat. Voyez l'*Obſerv.* 23, ſur les formalités.

QUATRIEME REGLE.

Quand la Loi exige certaines formalités, leſquelles ſont attachées aux choſes mêmes, il faut ſuivre la Loi de la ſituation. Voyez la même *Obſerv.* 23.

CINQUIEME REGLE.

Quand la Loi du lieu du contrat porte des diſpoſitions qui ne viennent pas de la propre nature du contrat, mais qui ont leur fondement dans l'état & condition de la perſonne, il faut ſuivre la Loi qui régit la perſonne, & dont cet état dépend.

Par exemple, un mari eſt domicilié dans un lieu où il n'oblige pas ſa femme, s'il contracte ſeul & ſans elle, quoiqu'elle ſoit ſous ſa puiſſance & ſous ſon autorité, ce mari vient contracter dans un lieu où, à raiſon de cette autorité, il oblige ſa femme en s'obligeant lui-même, elle ne ſera pas pour cela obligée, parce que l'obligation de la femme ne naît pas de la nature du contrat, ni de l'endroit où ſon mari a été contracter; mais de l'autorité maritale, qui n'a pas cet effet dans le lieu du domicile du mari.

C'eſt par cette diſtinction que Mævius, *loco cit.* décide l'eſpece que nous venons de rapporter. *Ratio, patet tum quia non ex contractu mariti uxoris naſcitur obligatio, ſed ex ſocietate conjugali, & Statuto non informante contractus maritales, tum quia maritus contrahendo, foro & Statutis ſe ſubjicit, quoad contractum, non autem mulierem inſontem ſine facto ſuo ad alias quàm domicilii Leges obligare valet; tum denique quod in illo loco nulla actio contra uxorem intentari potuit, ergò nec executio.* C'eſt pourquoi, à l'égard de la regle générale que donne Burgundus, qui eſt qu'il faut ſuivre la Loi du contrat, *quoties quæritur quos vinculum obligationis obliget,*

on ne peut l'admettre qu'entre les contractants, & non par rapport à tout autre qui, personnellement, ne contracte pas. Voici un autre exemple.

Dans la Coutume de Bretagne, *art.* 430, *Quand homme & femme sont obligés en un même contrat, & chacun pour le tout, si on veut faire l'exécution, constant le mariage, elle doit être faite sur les biens du mari, tout premier, tant qu'il pourroit fournir, par avant que les héritages de la femme y courent, nonobstant lettres, ni obligations que la femme ait faites, ou données sur elle, ni sur ses hoirs, ni sur ses biens.*

» La raison de cette disposition, dit Perchambaut, est que » le mari est censé avoir profité des deniers empruntés, qu'é- » tant maître de toute la communauté, & disposant lui seul » des deniers qu'il emprunte, & où il fait obliger sa femme, » il faut, constant le mariage, discuter les biens du mari, » pour payer, avant ceux de la femme. «

Au contraire, à Paris, quand un homme & une femme sont obligés solidairement, on peut indistinctement se venger sur les biens du mari & de la femme.

Je suppose présentement que des mariés, domiciliés en Bretagne, viennent contracter à Paris, ou que des mariés, domiciliés à Paris, aillent contracter en Bretagne, comment le créancier devra-t-il se comporter quand il voudra se faire payer ?

D'un côté, en employant le raisonnement de Mævius, il est vrai de dire, dans cette espece, que l'action que le créancier a contre la femme & sur ses biens, ne vient pas *ex societate conjugali ;* elle naît du contrat personnel que la femme a contracté avec son mari ; elle vient *ex proprio contractu uxoris*, par conséquent ce seroit le cas de suivre la Loi du lieu du contrat.

D'un autre côté, on peut dire que, s'agissant de l'exécution d'un contrat, c'est le lieu de la situation des biens qu'il faut consulter, dès que l'on se pourvoit sur des immeubles, comme nous le dirons ci-après.

Enfin, il y auroit un troisieme avis, & il semble que ce soit le meilleur, qui seroit de dire que la femme ne s'oblige avec son mari, que parce qu'elle est *in sacris mariti* ; que sans le lien respectable du mariage, qui la rend dépendante, & sans cette société conjugale qui est entre eux, elle ne s'obli-

geroit pas avec un homme qui lui ſeroit étranger ; qu'à la vérité elle n'eſt pas obligée *ex ſocietate conjugali*, puiſqu'elle a contracté perſonnellement ; que néanmoins elle ne s'eſt obligée que parce qu'elle étoit femme & dépendante, que par conſéquent il faut ſuivre les Loix qui régiſſent l'état & la condition de cette femme ; que ſi l'action ſolidaire s'intente d'abord contre le mari & ſur les biens du mari, c'eſt un pur accident pour la ſolidité. Le créancier ne l'a pas moins contre l'un & contre l'autre : il peut exiger le tout du mari & le tout de la femme ; mais il doit commencer plutôt par l'un que par l'autre, & cette maniere de procéder, qui ne détruit pas la ſolidité, mais la modifie, ſe doit prendre de l'état des conjoints, qui lui-même ſe prend de la Loi matrimoniale. Voyez du Mol. *Qu.* 7 & 38, *de uſur.* & l'Arrêt du 16 Juillet 1515, rapporté *part.* 7, *ſtil. Parlam. n.* 101 ; joignez-y ce que j'ai dit ci-après, ſur la ſixieme Regle.

Par la force de cette cinquieme Regle, je ne puis me ranger du côté de la déciſion de Chriſtinæus, lorſqu'il dit que *ſi in loco contractûs minor nequit reſtitui, inſpiciendum erit Statutum illud*, le mineur tient ſon état & ſa condition de mineur, de la Loi de ſon domicile, & c'eſt de la même Loi qu'il doit tenir les privileges & les prérogatives de cette minorité.

Maſcardus, *concl.* 7, *n.* 55, fait une autre diſtinction : il n'admet pas qu'en fait de reſciſion de contrats, il faille ſimplement ſuivre la Loi du lieu du contrat, mais il veut qu'on examine quel eſt le lieu, *in quo fuit cauſata cauſa diſtractûs, vel reſciſionis ;* ſi c'eſt dans le lieu du contrat, *inſpiciendum erit Statutum loci contractûs ;* que ſi la cauſe de reſciſion *eſſet cauſata alibi, tunc illius loci eſſet ſervandum Statutum, ut puta, ſi minor eſſet læſus à principio ex contractu initio Januæ, ſervaretur Statutum Januæ circa reſciſionem illius contractûs, ſi verò eſſet ſecuta læſio Sarzanæ non à principio, ſed poſt contractum, & ex mora, aut negligentia ipſius minoris, tunc ſervaretur Statutum Sarzanæ.*

Je ne ſaurois embraſſer cette déciſion en entier, je la rejette dans ſa premiere partie, parce que, dans ce premier cas, la léſion du mineur me paroît toujours fondée ſur ſon incapacité, ſon peu d'expérience, & ſur la facilité qu'il a à être trompé ; & ces conſidérations ſe prennent de la Loi qui régit ſa perſonne & ſon état, *& non ex loco contractûs.*

Quant à la seconde partie de la décision de Mascardus, qui est dans le cas de retard & de négligence postérieure au contrat, de la part du mineur, & que Mascardus fait dépendre *ex loco ubi secuta est læsio*, j'estime que les circonstances peuvent effectivement servir beaucoup pour décider s'il y aura lieu à la restitution, ou non; mais que la Loi *ubi secuta est læsio*, n'en sauroit décider par elle-même.

Que faut-il dire de la question suivante? Toutes les nations n'ont pas fixé le même temps pour se faire restituer contre des actes qui nous blessent. Suivant la Constitution de l'Empereur Constantin, *Cod. Theod. Tit. de in integrum restit.* il y avoit, dans l'ancienne ville de Rome, cinq ans du jour de la majorité; en Italie, quatre ans, & dans les Provinces, trois ans. Suivant nos Ordonnances, & depuis celle de 1539, il y a, en France, dix années, au lieu de quatre requises seulement avant ladite Ordonnance. Faber, au *Cod. lib.* 1, *tit.* 5, *definit.* 3, nous assure qu'à Rome, par exemple, il ne falloit, au jour qu'il écrivoit, que quatre ans. Voici l'espece qui fut décidée en faveur de la Loi du lieu du contrat, qui étoit encore celle du créancier, & celle du lieu où devoit se faire le paiement, mais qui n'étoit pas celle du mineur obligé.

Un Savoyard, mineur de 25 ans, & fils de famille domiciliée à Chambéry, s'étoit dit majeur & pere de famille, & comme tel, avoit cautionné, à Rome, un autre Savoyard, envers un créancier pareillement Savoyard & domicilié à Rome. On vient d'observer qu'à Rome le mineur devenu majeur, n'a que quatre ans pour se faire restituer, & il en faut dix en Savoye: le créancier poursuivit à Chambéry la caution, qui s'étoit dit majeur, & qui réellement étoit mineur. Ce mineur étoit, à la vérité, dans les dix années de majorité prescrites par la Loi de son domicile; mais il n'étoit plus dans les quatre années requises à Rome pour la restitution. Il prit des Lettres; la question fut si l'on suivroit la Loi de Rome, où le cautionnement avoit été passé, ou celle de Savoye, où demeuroit celui qui avoit fait le cautionnement, & Faber nous assure que l'on se détermina en faveur du créancier domicilié à Rome, où l'engagement avoit été contracté, en adoptant les principes de Barthole, que j'ai transcrits ci-devant.

Je ne puis encore me rendre à cette décision; car enfin, la

Loi du domicile du débiteur dont il s'agiſſoit d'entériner les Lettres, étoit celle qu'il falloit principalement conſidérer, & cette Loi donnant le privilege & le bénéfice de reſtitution, fondée ſur la minorité au jour du contrat, & par conſéquent fondée ſur l'état & la condition de la perſonne, elle le donne avec tous les modes qui l'accompagnent, & avec toutes ſes prérogatives, & la perſonne ne tenant pas ce bénéfice de la Loi du lieu du contrat, ni du lieu où le paiement ſe doit faire, & l'obligé ſe défendant d'une obligation perſonnelle par les Loix qui régiſſent ſa perſonne, je ne vois pas pourquoi ce bénéfice qui appartient, ſelon nos Auteurs, *ad litis deciſionem*, ſeroit aſſujetti à toute autre Loi que celle du domicile du débiteur.

M. Cujas, *in Leg.* 3, *v. ſervus autem, ff. de minoribus*, *col.* 1013, dit, à la vérité, que *reſtitutio in integrum eſt in perſonam, id eſt in eum cum quo principaliter contractum eſt, non in rem*, enſorte qu'il ſembleroit que l'action en reſtitution, regarderoit principalement le créancier contre lequel les Lettres ſont priſes; mais ſur la Loi 13 du même titre, il dit, en parlant de la reſtitution, *perſonale enim beneficium eſt; cur enim reſtituitur? Ob infirmitatem ætatis.*

Je n'admettrois pas même la déciſion de Faber, dans le cas d'une obligation contractée par un majeur, parce que, s'agiſſant toujours d'une obligation attachée à la perſonne, le majeur ſe défend par les Loix mêmes qui régiſſent ſa perſonne.

Dans la réviſion que j'ai faite de mes Notes, depuis que M. le Préſident Bouhier nous a donné ſon Commentaire ſur la Coutume de Bourgogne, je ne ſaurois exprimer la ſatisfaction que j'ai reſſentie, lorſque je me ſuis trouvé d'accord avec ce grand Magiſtrat, & je prie mon Lecteur de le conſulter ſur la préſente queſtion, *ch.* 25, *n.* 62 & ſuivants, où il n'eſt pas poſſible de réſiſter au poids de ſes raiſons.

Au ſurplus, je ne puis paſſer ſous ſilence ce que dit M. Froland, en ſon Recueil d'Arrêts de Réglement, *pag.* 299, qui eſt que le temps de la reſtitution court juſqu'à la trente-cinquieme année, & ne finit pas à trente ans, par rapport à un homme né en Normandie, & majeur à 20 ans. Il y a un Réglement pour la Normandie, qui eſt conforme à l'Ordonnance de 1539.

SIXIEME REGLE.

Quand il s'agit de décider si des conventions faites au sujet des droits qui naissent, *ex natura & tempore contractûs*, sont légitimes, ou non, il faut suivre la Loi où se passe le contrat; c'est ce que dit Me Ch. du Molin, §. 12, *Gloss.* 7, *n.* 35, 36 & 37, où il parle en ces termes : *in concernentibus contractum, & emergentibus tempore contractûs, spectatur locus in quo contrahitur;* ce qui est suivi de Christinæus, *Decis.* 283, *vol.* 1; de Mævius, *ad jus Lubecense, Quæst*, 4, *prælim. n.* 13; de Lauterback, *Diss.* 104, *pag.* 153; de Strick. *de princip. Jur. in alien. territ. exercente. Si lis oritur ex natura contractûs, & tempore contractûs, consideratur Statutum loci contractûs.*

C'est pourquoi s'il s'agit de régler la légitimité du taux des rentes, & que, dans le lieu de la passation du contrat, le taux soit différent de celui qui se paie, soit dans le domicile du débiteur, soit dans le domicile du créancier, soit enfin dans le lieu où les biens hypothéqués sont situés, le taux convenu sera jugé très-légitime, s'il est conforme à la Loi où le contrat a été passé. C'est la disposition de la Loi premiere, *ff. de Usuris. Cùm Judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio Judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est, constituitur;* & je croirois que cela auroit lieu, encore que les parties eussent, de dessein prémédité, contracté dans un lieu plutôt que dans un autre.

Nous avons vu, de nos jours, qu'étant défendu de constituer des rentes à un taux plus fort que le denier 30, ceux qui vouloient emprunter à constitution au denier 20, envoyoient des procurations pour passer les contrats à Pontoise, du ressort du Parlement de Normandie, où l'Edit n'avoit pas été enrégistré.

Que si l'une des parties étoit domiciliée dans le lieu même du contrat, le taux qui auroit été convenu conformément au lieu, devroit, à plus forte raison, subsister, soit qu'il fût à l'avantage du créancier contre le débiteur, ou du débiteur contre le créancier, parce que la stipulation étant légitime par la Loi seule du lieu où l'on contracte, elle l'est, à plus forte raison, quand elle se trouve d'accord avec celle du domicile d'une

de l'une des parties. Cela a été jugé par deux Arrêts, l'un de 1643, & l'autre de 1655, que j'ai cités, *pag.* 328, *Quæſt.* 17, de mes Diſſertations ſur les Statuts, & qui ſont rendus dans le cas d'un taux convenu au profit d'un créancier, & dans ſon domicile, plus fort que celui qui avoit lieu dans le domicile du débiteur. On en trouve encore un autre dans Péleus, en ſes *Actions forenſes, liv.* 4, *arr.* 86, en date du 13 Mars 1598.

Enfin il y en a un dernier de 1648, entre Julien & Gilles Loſſandiere, & Julien Raymont ſieur de la Chaſſerie, en la troiſieme, après partage de la ſeconde, M. Carré de Montgeron, Rapporteur, M. Simonet, Compartiteur. Il fut jugé par Arrêt qu'un contrat de conſtitution, paſſé en 1660 au profit d'un domicilié en Normandie, par devant les Notaires de Normandie, dans lequel l'intérêt étoit ſtipulé au denier 14, qui avoit lors cours en cette Province, n'avoit pu être attaqué comme uſuraire, ſous prétexte que le débiteur étoit domicilié en une Province où le taux étoit alors au denier 18; ce moyen d'uſure étoit propoſé après 46 ans.

Je parle, en cette occaſion, de rentes conſtituées à prix d'argent; car s'il s'agiſſoit de rentes priſes d'un fonds rachetable, ſuivant le taux qui a cours dans le lieu de la ſituation, lequel taux ſeroit plus fort que dans le lieu de la convention, j'eſtimerois qu'il faudroit ſuivre le taux de la ſituation.

Par exemple, un Pariſien vend à Paris un fonds ſitué en Normandie, moyennant une rente rachetable au denier 10, qui avoit lieu en cette Province, & il en ſtipule le rachat au denier 10, pendant qu'à Paris le taux étoit au denier 12; cette rente ſera valable, parce qu'elle eſt impoſée ſur le prix d'un fonds ſis en Normandie où le denier 10 avoit lieu, & c'eſt ce qui a été jugé par Arrêt, ſur partage, du 25 Février 1605, rapporté par Bouguier, *lett.* R, *n.* 6.

Il ne faut pas confondre cette eſpece avec celle d'un homme qui vend un fonds, & qui, ſous prétexte qu'il le vend au-deſſous de ſon produit, ſtipule, par forme d'indemnité, juſqu'au rembourſement, un intérêt qui excede le taux du lieu, & le produit ordinaire du fonds. C'eſt un homme, ſi l'on veut, qui vend, moyennant 2000 livres, un fonds rapportant 130 ou 150 livres par an, & qui ſtipule 200 livres de rente; car, quoique la convention des 200 livres de rente faſſe partie du contrat de vente, on a jugé, en haine des uſures,

& dans la crainte de les autoriser, que le vendeur ne pouvoit pas stipuler un plus gros intérêt que le taux ordinaire du prix principal de la vente ou du produit de la chose : il pouvoit vendre plus cher, s'il le vouloit; mais il ne pouvoit stipuler des intérêts du prix de la vente, que suivant le taux de l'Ordonnance, par Arrêt de Réglement, du 11 Décembre 1638; ce qui a été depuis jugé dans le cas de la vente d'un office, par Arrêt du 4 Février 1716. Voyez encore l'Arrêt du 29 Décembre 1648, Journal des Audiences.

Mais si, depuis la constitution à un certain taux légitime, le Prince jugeoit à propos d'y déroger pour une Province, en adoucissant, même pour le passé, la condition du débiteur y domicilié; c'est une exception qu'il lui accorderoit, & dont il pourroit user contre le créancier, étant d'une autre Province. C'est une force majeure à laquelle le créancier est obligé de se soumettre. Voyez M. le Président Bouhier, *loco sup. cit. n.* 200.

Il s'est présenté en 1707 une question, par rapport aux intérêts, à l'occasion du changement de taux. Un Gentilhomme demeurant en Auvergne, se marie en 1631, & épouse une fille du Dauphiné, où le contrat de mariage fut passé. Quelque temps après il va demeurer dans un de ses châteaux en Nivernois, où il décede. La veuve fait régler ses reprises en Bourbonnois, à une certaine somme qu'elle stipule payable à Lyon dans six années, & cependant l'intérêt au denier 16, suivant l'Ordonnance qui avoit lieu pour lors.

Postérieurement survint une premiere Ordonnance en 1634 qui réduisit les intérêts du denier 16 au denier 18, & une autre en 1661, qui les réduisit du denier 18 au denier 20; mais ces Ordonnances ne furent pas enrégistrées en Dauphiné, où le contrat de mariage avoit été passé, & les intérêts continuerent d'être payés à la veuve au denier 16 pendant plusieurs années.

Les débiteurs, héritiers du mari demanderent que, sur le principal de la somme qu'ils devoient, imputation fût faite des intérêts payés au denier 16, depuis que l'Ordonnance les avoit réduites au denier 18.

La question fut de savoir si les intérêts devoient se payer suivant les usages du Dauphiné où le mariage avoit été célébré, & où les nouvelles Ordonnances n'avoient pas été enrégistées,

ou s'ils devoient ſe payer ſuivant les autres endroits où elles l'avoient été ; & l'on fit voir que, ſoit que l'on conſidérât le domicile du mari, au jour du mariage, qui étoit en Auvergne, ſoit le domicile, au jour du décès, qui étoit en Nivernois, ſoit le lieu où les conventions avoient été liquidées, qui étoit en Bourbonnois, ſoit le lieu du paiement qui étoit en Lyonnois, ſoit le domicile des héritiers qui étoit en Auvergne ; les Ordonnances y avoient été enrégiſtrées, & que, ne s'agiſſant que d'intérêts, tous ces endroits devoient avoir la préférence ſur la Loi du lieu où le mariage avoit été célébré, & où le contrat de mariage avoit été paſſé.

Par Arrêt du 27 Août 1707, rapporté ès Arrêts du Royaume, *tom.* 2, *Arrêt* 76, rendu à la Grand-Chambre, l'imputation fut ordonnée, à compter de l'Edit de 1665. Ainſi jugé, parce que, s'agiſſant de la dot, la reſtitution ne s'en fait pas de regle au lieu où le mariage a été célébré ; mais au lieu du domicile du mari, ſuivant la Loi *exigere*, *ff. de Judic.* Il n'y avoit point de Requête pour la réduction à compter de 1634.

Sur le changement du taux des rentes & des intérêts qui naiſſent *ex mora*, voyez Leprêtre, *Cent.* 4, *n.* 12 ; & Hevin, ſur Bretagne, *pag.* 305 & 306.

C'eſt parce que le droit de change, en fait de commerce, eſt dû à l'inſtant même de la lettre de change tirée, que par l'*art.* 3 du *tit.* 6 de l'Ordonnance de 1673, il eſt dit que le prix du change ſera réglé ſuivant le cours du lieu où la lettre ſera tirée, eu égard à celui où la remiſe ſera faite.

SEPTIEME REGLE.

Quand il s'agit d'effets mobiliers, dont la tradition doit ſe faire à l'inſtant, il faut ſuivre la Loi où ſe fait la convention. En voici une eſpece que je trouve dans Colerus, *de Proceſſ. execut. cap.* 1, *part.* 2, *n.* 79, & ſuivants, qui, bien entendue, ſert à prouver notre ſeptieme regle.

Cet Auteur commence d'abord par mettre ſous les yeux le principe général de nos Auteurs, tiré de la mauvaiſe application de la Loi *ſi fundus. Si agitur de ſubjiciendo contractum Legibus, aut Conſuetudini alicujus loci, tunc attenditur locus, aut Conſuetudo fori, ubi verba obligatoria proferuntur, & con-*

tractus perficitur, non autem locus destinatæ solutionis : Consuetudo si quidem loci ubi negotium geritur, ita subintrat ipsum contractum, ut secundùm Leges loci intelligatur actus fuisse celebratus, quamvis ea de re nihil fuerit expressum; & voici l'application qu'il fait de ces principes.

Unde licèt Jure civili redhibitoriâ in factum actione, emptor pro omnibus vitiis equi internis, & non apparentibus experiri possit, sive calcitrosus sit, hoc est, pedibus feriens, sive lunaticus aut freneticus, sive ità pvvidus ut semetipsum turbet & eripiat, item qui transjungi non potest, aut unum tantùm jugum patitur, sive sit retrogradus, aut habeat gallas, de quo.... Specul. tit. de Rescind. vendit. §. non dicendum, tamen quia de Jure Saxonico, & imprimis civitatis Magdeburgi venditor regulariter non tenetur nisi de tribus vitiis, puta quod non sit retrogradus, neque cæcitate latente, vel invisibili laboret, item quod non sit scabiosus, ideò sive civis, sive forensis in his terris ubi viget Jus prædictum equum emerit, venditor, non nisi super illis tribus vitiis redhibitoriâ conveniri, vel pro instrumento executivo, in his locis executari poterit, quantumvis solutio pecuniæ Noribergam, aut alium locum Imperii, ubi Jus civile observatur, collata fuerit.

J'approuve la décision de Colerus, mais non pas ses principes préliminaires; & j'estime que, dans cette espece, il faudra suivre la Loi du contrat, parce que, s'agissant d'une chose mobiliaire, & d'un marché dont le contrat & l'exécution se consomme sur le champ, l'intention des parties ne peut être autre que de se conformer aux Loix du lieu où ils contractent. Schotan. *Disput. Jurid.* 8, *n.* 11, le décide ainsi, & cette décision reçoit un accroissement de vérité, si la vente est faite dans un marché public.

Il en est de même si un homme acquéroit une marchandise dans un lieu, & que cette marchandise fût taxée sans pouvoir être vendue un plus haut prix; car pour lors le juste prix & le seul licite est celui fixé dans le lieu. *Barilis, de potestate Legis municipalis in advenas & indigenas*, §. 5, *n.* 15.

La regle que nous venons de donner, peut être appliquée à certains usages qui font partie de la Police des lieux. Par exemple, un fermier loue des ouvriers dans certains temps, & arrête des domestiques. Ces gens-là ne peuvent quitter le

ſervice de ceux qui les louent, ou qui les gagent, que dans les temps uſités dans les lieux, parce que ces gens-là qui vont & viennent pour gagner leur vie, ſont préſumés s'engager & ſe louer pour le temps preſcrit par les uſages des lieux.

HUITIEME REGLE.

Si les droits qui naiſſent au profit d'un des contractants, viennent, à la vérité, à l'occaſion d'un contrat valable en lui-même, & non ſujet à reſciſion, mais qu'ils naiſſent par une cauſe nouvelle, & purement accidentelle, & *ex poſt facto*; en ce cas, il faut examiner où cette cauſe nouvelle prend naiſſance, & c'eſt cette Loi qu'il faut ſuivre, quand d'ailleurs les parties n'en ont pas valablement diſpoſé autrement.

C'eſt pourquoi, pour déterminer quels ſont les intérêts qui peuvent être encourus contre un débiteur, réſultants de ſa demeure, il faudra ſuivre la Loi du lieu où le paiement devoit ſe faire, parce que c'eſt là où les intérêts prennent naiſſance. C'eſt préciſément la déciſion d'Everard, en ſon Conſ. 68, *quia ubi certus locus ſolutionis faciendæ deſtinatus eſt, tunc non factâ ſolutione in termino, & loco præfixo, mora dicitur contrahi in loco deſtinatæ ſolutionis, non in loco celebrati contractûs.*

C'eſt pareillement la déciſion de Strick. *Si lis oritur ex poſt facto, propter negligentiam & moram, conſideratur locus ubi mora contracta eſt.*

C'eſt ce qui a fait dire à M. Perchambaut, *art.* 200 de ſa petite Coutume, que ſi une obligation eſt paſſée en Bretagne, & pour y être acquittée, on pourra acquérir les intérêts au denier 18, quoique la Juſtice où ils ſont demandés, & le débiteur ſoient dans une Province où il y a d'autres Loix.

Mais, ſi l'on peut acquérir les intérêts au taux preſcrit dans le lieu où l'on s'eſt obligé de payer, on ne pourra pas y ſtipuler des intérêts plus forts ſur le fondement qu'ils ont lieu dans un autre endroit. *An idem futurum eſt, ſi maximas uſuras Capuæ permiſſæ, Lutetiæ ubi minimæ tolerantur, ſtipuler;* & Godefroy, ſur cette queſtion, répond, *non, odio uſurarum; talis enim ſtipulatio neque Lutetiæ valebit, quia ab initio, neque Capuæ, quia ex poſt facto non convaleſcit, L.* 20, *ff. de Juriſd.*

Quand, dans un prêt, on n'a déſigné aucun lieu pour

le paiement, je crois, à l'égard des intérêts qui peuvent en réſulter, qu'il faut diſtinguer : ou il y a un jour fixé pour payer, ou le prêt eſt payable à la volonté du créancier.

Au premier cas, le terme fixé interpelle le débiteur, & étant obligé, de convention tacite, d'aller trouver le créancier pour le payer, & ne pas encourir de demeure, c'eſt dans le domicile du créancier que la demeure eſt contractée, & il faut ſuivre la Loi du domicile du créancier ; & c'eſt pour ce premier cas que j'emploierois la déciſion de Hevin, ſur Frain, *tom.* 1, *pag.* 306, *ch.* 77 ; & l'autorité de l'Arrêt du 23 Août 1689, rendu au Parlement de Bourgogne, & dont eſt fait mention ci-après, en parlant de la conteſtation du ſieur Branvaux.

Au ſecond cas, le créancier eſt obligé d'interpeller ſon débiteur, & de lui faire connoître qu'il veut être payé. C'eſt dans le domicile du débiteur que la demeure eſt contractée, & il faut ſuivre la Loi du débiteur. Voyez les Obſervations de Dupineau, ſur Anjou, *art.* 508.

Si le débiteur qui doit être interpellé, avoit, depuis ſon engagement, changé de domicile, faudroit-il régler les intérêts ſur la Loi du domicile, au jour de l'engagement, ou ſur la Loi du domicile actuel ?

On dira, pour l'ancien domicile, que les parties, ayant contracté enſemble, elles ſont préſumées s'être tacitement ſoumiſes à la Loi du domicile ſubſiſtant pour lors, qu'un changement de domicile d'une ville, d'une Province à une autre, ne peut pas ſe prévoir.

Qu'à la vérité, la Juriſdiction eſt changée ; mais que la Loi, qui doit régir les parties, étant de convention préſumée, elle eſt immuable entr'elles.

Pour le nouveau domicile, on dira que non-ſeulement la Juriſdiction eſt changée, mais que, par l'Ordonnance de 1667, la partie devant être aſſignée en ſon domicile, & devant être, ſuivant les principes de Droit, pourſuivie en ce domicile, c'eſt véritablement dans le nouveau domicile que la demeure eſt encourue, & que les intérêts n'étant dus que *ex mora*, c'eſt la Loi où ſe fait la demeure qu'il faut obſerver ; que ce n'eſt pas le cas de préſumer une convention pour la Loi de l'ancien domicile, parce que l'on ne ſauroit raiſonnablement préſumer qu'un homme qui s'engage, n'exécutera pas fidélement & ponc-

tuellement ſon engagement ; qu'ainſi il faut prendre les choſes comme elles ſe trouvent au jour de la diligence du créancier, & du retard du débiteur, & je ſerois de ce dernier avis, ſi d'ailleurs il n'y a pas élection de domicile, & que le nouveau domicile ſoit connu du créancier.

Mais faudroit-il ſuivre cette déciſion, dans le cas où le débiteur ayant contracté dans un domicile où les intérêts courrent de droit, en vertu d'une ſimple interpellation, ce débiteur ſeroit venu demeurer dans une Coutume où il faut une demande judiciaire ?

Pour l'affirmative, on dit que le débiteur ne ſauroit, par ſon fait, rendre la condition de ſon créancier plus onéreuſe qu'elle étoit, *quia cùm ſtatim actio ex contractu naſcatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxiſſet, jus illud creditori, facto debitoris, adimi non debet.* Vinnius, *Inſt. lib.* 4, *tit.* 6, *verbo, in Judicio*, que le créancier a prêté dans l'aſſurance que, faute d'exécuter l'engagement, il ſeroit du moins indemniſé par des intérêts qui courroient de droit, du moment de l'inexécution ; qu'à la vérité, pour parvenir à faire exécuter l'engagement, il ſera obligé de ſuivre la Juriſdiction de ſon débiteur ; mais bien entendu que ſes droits n'en ſouffriront pas, & que l'on ſuivra la Loi où l'engagement s'eſt fait.

Pour la négative, on répond que la demeure & le retard ſont une cauſe nouvelle ſurvenue depuis l'engagement, & qu'il faut ſuivre la Loi où cette cauſe nouvelle prend naiſſance ; que le retard qui donne lieu aux intérêts, ſe contracte par la perſonne dans ſon nouveau domicile, & non ailleurs. C'eſt cette Loi qu'il faudra ſuivre, & *ita cenſeo.*

Il s'eſt préſenté une eſpece qui paroît devoir être décidée par cette huitieme regle.

En 1720, le ſieur Jacques Buiſſon, domicilié dans le pays de Gex, acquit du ſieur Comte de Balmon, les terres d'Allemogne, Martiguin & Cointrin, ſituées au pays de Gex, pour la ſomme de 150000 livres.

La même année, le ſieur Céſar Buiſſon, fils de Jacques, acquit d'autres fonds, qui étoient auſſi au pays de Gex.

Les droits Seigneuriaux étoient dus pour ces acquiſitions, à M. le Duc de Bourbon, & aux Princes & Princeſ-

ses, ses freres & sœurs, Seigneurs engagistes de la Baronnie de Gex.

Le sieur de Branvaux, aussi domicilié dans le pays de Gex, exerçant les droits des engagistes, passa, à Paris, un acte sous seing privé, avec le sieur Buisson, le 6 Juin 1721, par lequel il se restreignit, pour les droits Seigneuriaux, à la somme de 29200 livres, payables en différents temps, en son domicile de Gex, avec soumission de la part des acquéreurs, à défaut de paiement dans les temps convenus, de payer les intérêts en la maniere qui se trouvera permise.

Le sieur Buisson n'ayant pas satisfait exactement, le sieur Branvaux le fit assigner aux Requêtes du Palais, en 1727, & y obtint des Sentences par défaut, qui ordonnoient l'exécution de l'acte sous seing privé.

En 1728, compte entre les Parties, suivant lequel le sieur Buisson ne devoit plus que 15170 livres de principal, & 3475 livres d'intérêts. En conséquence il fut passé un autre acte pardevant Notaires, par lequel on convint que le sieur Buisson paieroit, dans un an, les 3475 liv. d'intérêts dûs, le capital dans deux, & cependant les intérêts au denier vingt, conformément à l'acte du 6 Juin 1721.

Faute de paiement, le sieur de Branvaux fit un commandement recordé, & ensuite fit subhaster; c'est-à-dire, fit saisir réellement des terres appartenantes au sieur Buisson.

Appel par le sieur Buisson des Sentences des Requêtes du Palais, du commandement recordé, & de tout ce qui s'en étoit ensuivi.

Mais à l'égard de cette derniere procédure concernant le commandement & ce qui s'en étoit ensuivi, comme on l'arguoit de nullité, le sieur de Branvaux l'abandonna, & se renferma à attaquer les Sentences des Requêtes du Palais.

Moyens que le sieur Buisson proposoit contre les Sentences des Requêtes du Palais.

1°. Ces Sentences condamnoient à payer des intérêts de sommes exigibles, qui n'en produisent pas de leur nature.

2°. Il y avoit, à la vérité, une convention de payer les intérêts;

intérêts ; mais quand les habitans de la Breſſe & du pays de Gex, ſeroient en droit d'exiger des intérêts en vertu d'une convention, cet uſage de Breſſe ne pourroit avoir lieu pour des actes paſſés à Paris.

Moyens du ſieur de Branvaux.

Le ſieur de Branvaux, au contraire, réduiſoit toute ſa défenſe à deux propoſitions. La premiere, que les habitants de la Breſſe & du pays de Gex, peuvent ſe faire payer les intérêts, au taux de l'Ordonnance, d'une ſomme exigible, quand ils l'ont ſtipulé.

La ſeconde, que c'eſt par la Loi du domicile des parties, & non par celle du lieu où l'acte eſt paſſé, qu'on devoit juger ſi les intérêts ſont dus en vertu de la convention.

Je ne ſais pas pourquoi le défenſeur du ſieur de Branvaux ne jugea pas à propos de réfuter la premiere propoſition du ſieur Buiſſon, & de faire voir que, ſuppoſé que les droits Seigneuriaux ne produiſent pas d'intérêts de droit, on pouvoit néanmoins légitimement en ſtipuler en quelqu'endroit que ce fût : il eſt vrai qu'ils ne ſont pas privilégiés ; mais ils ſont légitimes. Cette propoſition eſt vraie ; on peut voir là-deſſus, Catelan, en ſes Arrêts, *chap.* 31, *liv.* 5 ; & je vais tranſcrire une grande partie d'une Diſſertation imprimée, qui fut faite exprès, pour prouver qu'ils en produiſent, même de droit, voyez Me Charles du Molin, *Titre des fiefs, art.* 1, *Gloſſ.* 9, *n.* 19 ; j'eſtime que les moyens qui ſont allégués en cette Diſſertation, ſervent du moins à établir la légitimité de la convention, en quelqu'endroit qu'elle ſe faſſe.

» L'on ne peut douter que les lots & ventes, quints & » requints, rachats, & autres droits Seigneuriaux, empor- » tent de ſoi intérêts, à moins que d'ignorer la nature des » fiefs.

» L'on ſait que les fiefs, dans le commencement, n'étoient » autre choſe que des conceſſions faites par les Rois à ceux » qui les accompagnoient, d'une partie des terres qu'ils avoient » conquiſes ; &, à l'exemple des Rois, les grands Seigneurs » donnoient certaines dépendances de leurs terres, à ceux de » leur ſuite qui s'étoient ſignalés, à la charge qu'ils ſeroient » tenus, en reconnoiſſance de cette libéralité, de les accom-

» pagner & assister, comme eux étoient obligés de suivre & » accompagner le Roy en toutes les expéditions militaires.

» Ces terres ainsi concédées, s'appelloient, au commence- » ment, bénéfices, parce que l'on n'en avoit que l'usufruit, » comme nous voyons en plusieurs endroits des Capitulaires » de Charlemagne; mais bientôt après, & sous le même Prince, » le mot de fief fut en usage pour signifier la même nature de » biens, tellement que l'on usoit confusément de ces termes, » *beneficium & feudum;* & comme le temps apporte change- » ment à toutes choses; dans le déclin de la seconde Race, » & sous Charles le Simple, ces terres & domaines, qui n'é- » toient qu'un usufruit, devinrent héréditaires, & passerent » dans les familles, comme le patrimoine de ceux qui en » avoient été investis, & l'on commença de les charger de » droits & redevances honorables, & tout ensemble utiles & » profitables aux Seigneurs, qui se contenterent d'être avoués » & reconnus, & de recevoir l'hommage & le serment de fidé- » lité; c'est pour l'honneur.

» Et quant au profit, ils imposerent d'abord à leurs vassaux, » de ne pouvoir vendre & aliéner les fiefs sans leur consen- » tement, sur peine de commise; d'où vient le droit de re- » tenue féodale, quand ils n'approuvent pas les ventes.

» Et depuis, les Seigneurs ayant trouvé bon de laisser les » fiefs dans le commerce ordinaire, comme les autres biens, » ils ont voulu, non-seulement qu'aux acquisitions qui se fe- » roient, mais encore aux mutations qui arriveroient, pour » marque que la Seigneurie directe résidoit toujours en leurs » personnes, les vassaux prissent d'eux l'investiture; pourquoi » ils paieroient un droit appellé rachat, aux simples mutations, » & les quints & requints, aux ventes, comme s'ils rache- » toient, du Seigneur, le fief par eux acquis. En quoi il » est certain que ces droits-là ne different en rien du prix » d'une véritable vente, dont ils retiennent encore aujour- » d'hui le nom de rachat, de lots & ventes, de quints & » requints, d'un prix qui, de sa nature, porte intérêt; car » le prix des terres, des Offices, & autres choses qui rendent » des fruits, produit de soi des intérêts, d'autant que le prix » représente le fonds, & l'intérêt tient lieu de fruits, l'un » suit naturellement l'autre.

» Avant que le Seigneur se détermine à recevoir le quint

» & requint de la vente faite par ſon vaſſal, il eſt en état de » retenir, par puiſſance de fief, le domaine qu'il a aliéné; & » lorſqu'en touchant cette portion de la vente, il donne l'in- » veſtiture au vaſſal, il eſt réputé co-vendeur, à cet égard, » avec celui dont ledit vaſſal a acquis, & il n'y a raiſon quel- » conque d'adjuger à l'un les intérêts du prix de la vente, & » de ne les pas adjuger à l'autre.

» D'autant plus que le prix n'eſt conſidéré, à l'égard du » premier vendeur, que comme une dette qui eſt, à la vérité, » privilégiée, & c'eſt pour cela qu'elle porte intérêts; mais à » l'égard du Seigneur, c'eſt un droit qui eſt encore plus pri- » vilégié, & plus diſpoſé à produire des intérêts, parce que » ce droit-là fait partie du fonds qui rend des fruits; & ſui- » vant la Coutume, c'eſt le fonds même, puiſqu'elle porte, en » l'*art.* 24, que le Seigneur, pour le paiement de ſes droits, » ſe peut prendre au fonds, de maniere que les droits du Sei- » gneur ſont réels, & étant de la nature du fonds, il eſt impoſ- » ſible que, comme l'un rend des fruits, l'autre ne produiſe » des intérêts.

» C'eſt par cette raiſon que dans un contrat de vente, quoi- » qu'il ne ſoit fait aucune mention des droits Seigneuriaux, » de lots & ventes, de quints & requints, ils ne laiſſent pas » d'être dus par l'acquéreur, lequel, en s'obligeant de payer le » prix au vendeur, s'oblige auſſi tacitement envers le Sei- » gneur, de lui payer celui qui lui eſt dû, parce que la choſe » qu'il acquiert, n'eſt pas moins à l'un qu'à l'autre, & l'acqué- » reur les doit ſatisfaire tous deux, autant pour le principal » que pour les intérêts.

» Il y a des exemples en Droit, qui conviennent aſſez à ce » ſujet, comme en la Loi *ſed ſi damnum ff. de peculio;* c'eſt » à l'égard d'un ſerf & de ſon Seigneur. L'on peut fort » bien comparer le vaſſal au ſerf, parce qu'il ne tient le fief » que pour ſervir ſon Seigneur.

» Le ſerf poſſédoit une eſpece de bénéfice, appellé péculle, » comme le vaſſal fait le fief, qui eſt auſſi appellé bénéfice; » quelque vente & aliénation que fît le ſerf, quelque muta- » tion qui arrivât dans le pécule, quoiqu'on ne fît aucune men- » tion du Seigneur, ſon droit lui eſt conſervé tout entier, » *peculium ſemper intelligitur, deducto eo quod domino debetur,* » *quia prævenisse videtur dominus.*

» Aussi, quand un fief se vend & se décrete, la vente n'est » jamais entendue, sinon déduction faite des droits du Sei- » gneur; & l'opposition qu'il forme pour ses droits, est aussi » entendue de tous ses droits, aussi-bien pour les principaux » que pour les intérêts, pour lesquels *prævenisse dominus* » *semper intelligitur.* «

Cette dissertation prouve du moins qu'on peut stipuler des intérêts des Droits Seigneuriaux; mais mettons à part cette question, & supposons que la créance fût d'une somme mobiliaire ordinaire, & sans prérogative; la stipulation d'intérêts étoit-elle valable dans l'espece du sieur Buisson ?

La premiere proposition du sieur de Branvaux, au sujet des intérêts qui ont lieu, suivant les usages de Bresse, Bugey, Valromey & Gex, est incontestable; elle s'établit par ceux qui ont traité des usages de ces Provinces.

On peut consulter là-dessus Collet & Revel, mais principalement ce dernier, *pag.* 147, de l'édition de 1729, où il se trouve un Arrêt du Conseil, du 29 Mars 1642, portant permission à tous les sujets du pays de Bresse & de Bugey de stipuler entre majeurs, des intérêts au taux de l'Ordonnance, aux obligations des prêts, sans qu'ils puissent être imputés au sort principal, ni qu'ils puissent être convertis en rentes constituées : V. les Lettres-Patentes adressées au Parlement de Dijon pour enrégistrer ledit Arrêt en date du même jour, & l'Arrêt d'enrégistrement, du 30 Janvier 1643, le tout enrégistré au siege de Bugey, le 19 Décembre suivant.

Enfin c'est l'avis du P. Ribardeau, qui adopte le tout par plusieurs considérations. La premiere, que c'est une espece de sacrilege de blâmer les Jugements du Prince; la seconde, que cette permission tient lieu aux créanciers, en acquérant ces intérêts d'une stipulation de cens, ou rente rachetable & amortissable au choix, tant du créancier, que du débiteur, lequel cens est de sa nature juste & licite. Ce Casuiste ajoute que la Bulle de Pie V, qui veut que ces sortes de rentes ne soient rachetables qu'à la volonté des débiteurs, n'a de force & vigueur qu'ès terres du Domaine temporel de la sainte Eglise Romaine, & autres Royaumes, en tant que les Souverains en adopteront la disposition.

Enfin, pour la troisieme considération, il finit en disant que les créanciers, en ce cas, ne prétendent faire un pur prêt;

mais ſe déſintéreſſer de la perte qu'ils font du profit qu'ils feroient. Tel eſt l'avis de ce Jéſuite; mais ces ſortes de contrats à intérêts, qui ſont rachetables à la volonté du créancier & du débiteur, ont fait la matiere, il y a quelques années, de différentes conteſtations qui ſe ſont élevées en Hollande, & il y a eu différents écrits de l'illuſtre M. Petitpied & autres qui les ont proſcrits, comme défendus par la Loi de Dieu.

Auſſi Revel, bien différent en cela de Collet, ne paroît pas être fort perſuadé qu'avec l'Arrêt du Conſeil, & tout ce qui l'accompagne, les conſciences ſoient en sûreté.

En effet, les Princes ſont les maîtres de faire des Loix dans leurs Etats pour régler le commerce. Ils ont droit de fixer comment le retard & la demeure peuvent s'encourir par un débiteur; ſi, de plein droit, ſi, par une ſimple interpellation, ſi, par une demande judiciaire; ils ont droit de fixer le taux de ces intérêts; mais ils n'en font pas contre les Loix Divines, & contre l'eſſence du prêt qui eſt d'être gratuit, *Imperator iſta Jura Divina non poteſt tollere, quia in omni actu requiruntur duo, voluntas & potentia.... Inferior non poteſt tollere Legem ſuperioris. Mol. C. de Uſur. tit.* 32. Nos Loix de France ſont très-pures à cet égard; & ſuivant Me Charles du Molin, *Tit.* des Fiefs, *gl.* 9, *n.* 19; *etiam Summi Pontificis autoritas non poteſt facere quin uſura ſit uſura*; & il y a lieu de s'étonner du prétendu Arrêt de 1642.

On peut voir encore, dans la diſſertation dix-ſeptieme de mes Queſtions mixtes, les différentes Juriſprudences des Parlements du Royaume, au ſujet des intérêts engendrés par le retard. Ainſi nous paſſerons à la ſeconde propoſition du ſieur de Branvaux, qui conſiſte à dire qu'en cas de ſtipulation d'intérêts pour une ſomme exigible, ce n'eſt pas la Loi du lieu où l'acte s'eſt paſſé, mais celle du domicile des parties dont dépend la validité de la ſtipulation.

Le défenſeur du ſieur de Branvaux établiſſoit cette propoſition par les moyens ſuivants.

Que, pour connoître ſi des conventions peuvent être valables, il faut diſtinguer entre les Loix réelles, & celles qui ſont perſonnelles.

Que, dans le cas d'un droit purement perſonnel, il doit dépendre de la Loi du domicile des parties, à l'exemple de

la majorité ou minorité & des conventions matrimoniales qui se reglent, non par les Loix du lieu où le mariage se célebre, mais par celles du domicile des parties.

Que la faculté de se faire payer en conséquence de la convention, des intérêts d'une somme qui reste exigible, est une Loi purement personnelle, attendu qu'elle habilite la personne à faire certaines conventions.

Ainsi, un habitant de la Bresse porte par-tout avec lui ce droit de pure faculté qui est absolument personnel, & il peut en quelqu'endroit que ce soit, stipuler des intérêts en vertu de la Loi de son domicile; l'empire de la Loi du lieu où l'acte est passé, est renfermé, en matiere de droits personnels, dans les personnes qui, par leur domicile, sont soumis à cette Loi; elle ne s'étend pas sur les personnes que leur domicile ne lui a pas soumises.

Qu'il y avoit d'autant moins lieu de contester les intérêts en question, que cette créance a pris son origine dans le pays de Gex pour des Droits Seigneuriaux dûs à cause de l'acquisition de fonds, faite en ce pays-là.

Que la Loi du domicile du débiteur se réunissoit à celle du domicile du créancier pour la validité de la stipulation d'intérêts.

Enfin, que l'usage du Parlement de Bourgogne, où l'affaire auroit été décidée, si elle n'avoit pas été portée aux Requêtes du Palais du Parlement de Paris, est de juger de la validité d'une stipulation d'intérêts par le domicile des parties. Cet usage est attesté par l'Auteur des Observations, sur les Arrêts notables du Parlement de Dijon. Il cite un Arrêt du 23 Août 1679, que je crois être le même que celui daté du 23 Août 1689, par M. le P. Bouhier, en sa Coutume, *ch.* 21, *n.* 194, par lequel on a jugé que les intérêts d'une obligation exigible, étoient dus au créancier qui avoit son domicile dans la Bresse, quoique l'obligation eût été passée par-devant Notaires à Mâcon où la stipulation d'intérêts, pour une somme exigible, n'est pas permise.

Je ne sais pas quel a été le sort de cette contestation; mais en mettant à part le moyen qui, selon moi, est décisif, & que le sieur de Branvaux n'employa pas, qui est que les lods & ventes, quints & requints peuvent, par la stipulation, produire des intérêts, je déciderois encore pour le sieur de Branvaux par les moyens suivants.

Le ſieur Buiſſon, domicilié dans le pays de Gex, s'étoit obligé de payer au ſieur de Branvaux, en ſon domicile, dans le même pays, les ſommes en queſtion : les parties avoient ſtipulé qu'à défaut de paiement, dans les temps convenus de la part du ſieur Buiſſon, il paieroit les intérêts en la maniere qui ſe trouvera permiſe.

Ainſi, l'on n'avoit prétendu les payer, ni les exiger qu'autant que les Loix autoriſeroient ces intérêts.

Mais étoit-ce la Loi de Paris où la ſtipulation avoit été faite qu'il falloit ſuivre ? Etoit-ce celle de la Province de Gex où le paiement devoit être fait ? Voilà où la conteſtation devoit conduire.

Je ne conſidere point, comme l'on voit, la Loi de Gex, comme Loi du domicile, parce qu'effectivement, indépendamment de tout domicile, dès que le paiement avoit été ſtipulé à Gex, que c'étoit là que le retard & la demeure étoient encourues, c'étoit là auſſi qu'il falloit s'arrêter pour décider ſi les intérêts étoient dus, ou non, parce qu'il ne s'agit pas ici de droits qui naiſſent *ex natura & tempore contractûs ;* mais il s'agit d'intérêts qui naiſſent par une cauſe nouvelle, purement accidentelle, & *ex poſt facto*, & réſultants de la demeure encourue à Gex. C'étoit donc, ſelon tous nos Auteurs, cette Loi qu'il falloit conſidérer.

Mon ſyſtême n'eſt donc pas de dire que la faculté de ſtipuler des intérêts, eſt une Loi purement perſonnelle, attendu qu'elle habilite la perſonne à faire certaines conventions, car je m'embarraſſerois moi-même.

En effet, ſi je prends ce plan, on ne manquera pas de m'oppoſer qu'il faudroit conſidérer le domicile des deux parties, de celui qui exige, & de celui qui s'oblige ; car l'habilité doit être réciproque dans le promettant & dans l'acceptant, & je ne vois pas que nos Auteurs aient raiſonné ſelon ce ſyſtême.

Il faut donc préſuppoſer que les deux perſonnes ſont habiles de part & d'autre à contracter ; mais certaines conventions ne ſont pas autoriſées par-tout, & dans cette hypotheſe, quand il n'y a pas de lieu marqué pour le paiement, on agite qu'elle eſt la Loi qui décide de la légitimité d'une convention : eſt-ce la Loi où la convention a été faite ? Eſt-ce la Loi du domicile du créancier, ou celle du débiteur ? & de cette maniere, on diſcute ces ſortes de queſtions, comme les ont diſ-

cutées nos Auteurs, & on rentre dans les principes qui peuvent conduire à la solution.

M. Perchambaut, en son Institution au Droit François, *tit.* des Coutumes, *art.* 564; & avant lui, M. Pierre Hevin, en ses Observations sur les intérêts, *n.* 31, ont néanmoins décidé pour la Loi du contrat; mais M. le P. Bouhier, *ch.*21, *n.* 199, n'approuve pas cette décision.

Ce que nous venons de dire regarde les droits qui naissent au profit du créancier contre le débiteur, résultants de l'inexécution des contrats.

Mais que dirons-nous, par rapport aux exceptions qui peuvent résulter de la même inexécution, au profit des débiteurs contre les créanciers, telle qu'est la prescription?

Nous avons, dans l'Observation 20, parlé de la prescription pour le cas où l'exécution des contrats n'est déterminée à aucun lieu, & nous avons dit que, dans ce cas, il falloit suivre la Loi du domicile du débiteur.

Mais en est-il de même quand le paiement est fixé dans un lieu? Nos Auteurs décident indéfiniment qu'il faut suivre la Loi où le paiement doit être fait. C'est l'avis d'Everard, en son Cons. 78. *Aut quærimus quis locus inspiciatur, quoad extinctionem actionis, propter prescriptionem statutariam vigentem in uno loco, & non in alio ubi Statuta locorum sunt diversa, & certum est quod inspicitur locus distinctæ solutionis: ita expressè determinat* Barthol. *Angelus, & DD. in L.* 1, *de Usuris.* C'est pareillement l'avis de Christinæus, *vol.* 1, *decis.* 283, *n.* 12; *Quoad ea quæ ex celebrato contractu veniunt facienda, inspicitur Consuetudo loci ubi ea debent fieri, puta, tradi, solvi... sic inspicitur Statutum loci destinatæ solutionis, si agatur de extinctione actionis per prescriptionem statutariam vigentem in uno loco & non alio*, ce qu'il rejette d'après Everard. Voyez Dupineau, en ses Observations, *art.* 508.

C'est encore la décision de Burgundus, *tract.* 4, *n.* 27; *idem de solutionibus dicendum, scilicèt ut in omnibus quæ ex ea sunt, aut indè oriuntur, aut circà illam consistunt, aut aliquo modo affinia sunt, Consuetudinem loci spectemus, ubi eamdem implere convenit; affinia solutionis sunt, præscriptio, oblatio rei debitæ, &c. n.* 28. *Ea vero quæ ad complementum vel executionem contractûs spectent, vel absoluto eo, superveniunt, solere à Statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio, n.* 29.

NEUVIEME

NEUVIEME REGLE.

Quand les parties ont contracté enſemble, & que les conteſtations qui naiſſent de leur contrat, ſont évoquées ou portées dans un Tribunal étranger, il faut juger comme on jugeroit dans le Tribunal naturel des conteſtations.

C'eſt la diſpoſition de l'Ordonnance des Evocations, *artic.* 46, & le Parlement de Paris vient de rendre un Arrêt conforme.

Au Parlement de Paris, le créancier d'une rente conſtituée par un particulier titulaire d'un office, eſt en droit de ſe faire rembourſer en formant oppoſition au ſceau, ſi le titulaire vend ſon office. La raiſon de cette Juriſprudence eſt que le ſceau produit le même effet que le décret : d'ailleurs il y a les faits de charge à craindre ; & l'on peut n'avoir pas la même confiance pour le nouveau titulaire que pour l'ancien.

Au contraire, en Bretagne, on conſidere que le nouveau titulaire ſe chargeant de la rente, le créancier a le même effet pour ſûreté ; il reſte dans le même état, & le nouveau titulaire n'eſt pas obligé de rembourſer.

Cette queſtion ayant été portée aux Requêtes du Palais de Paris, & depuis par appel au Parlement entre deux Bretons, dont l'un avoit vendu ſon office de Conſeiller au Parlement de Bretagne, & l'autre l'avoit acheté, la queſtion, après un acte de notoriété, fut jugée conformément à la Juriſprudence du Parlement de Bretagne, par Arrêt du 22 Avril 1738, en la Grand-Chambre, au rapport de M. de Lorenchet, Conſeiller. Cet Arrêt eſt rapporté ès Arrêts de M. de la Combe.

DIXIEME REGLE.

Quand il s'agit de l'interprétation des clauſes exprimées dans un contrat ou dans un teſtament, ce ſont ordinairement les circonſtances qui en décident.

En effet il ſe trouve quelquefois des clauſes ou diſpoſitions dans les contrats ou dans des teſtaments, qui, pour n'être pas ſuffiſamment développées, laiſſent dans l'incertitude de ſavoir ſi on les entendra, ſelon la Loi où les actes ont été paſſés, ou ſelon la Loi où les biens ſont ſitués, ou ſelon le domicile

de l'un ou de l'autre des contractants, ou enfin selon quelqu'autre Loi.

L'exemple que nos Auteurs apportent plus communément sur cette maxime, est celui du douaire.

Les deux célebres Avocats, MMs Berroyer & de Laurriere qui ont fait des Notes sur Duplessis, agitent cette question *in terminis*; & comme ils ont pris parti pour la Loi du lieu du contrat, & que j'ai plusieurs réflexions à faire, tant sur leur avis que sur leurs preuves, j'ai cru devoir transcrire ici ce qu'ils ont dit au *tit. des Droits incorporels*, *pag.* 151, de l'édition de 1709 sur la fin : » comme il peut y avoir, disent-» ils, des clauses difficiles & ambiguës, dans lesquelles on a » peine à trouver la véritable intention des parties, la maxime » est qu'il faut suivre la maxime des lieux où le contrat a été » passé, pour l'intelligence & l'interprétation de la *Cou-» tume*; « je ne sais s'il ne faut pas lire *convention*, au lieu de *Coutume*.

» C'est la disposition du Droit civil, en la Loi 6, ff. *de evict.* » de la Loi 1, *de usuris*; & de la Loi *semper* 34, *de reg. Jur.* » dont voici les termes : *semper in stipulationibus, & in cæ-» teris contractibus id sequimur quod actum est, & si non pareat » quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in re-» gione in qua actum est, frequentatur.*

» Cette maxime est suivie dans notre pays coutumier, quand » il s'agit d'expliquer, ou d'exécuter les clauses d'un contrat » de mariage, lesquelles sont ambiguës, ou ne marquent pas » assez quelle a été l'intention des parties, on a recours aussi-» tôt à la Coutume du lieu où le contrat de mariage a été » passé. Nous avons une infinité d'Arrêts qui ont établi cette » Jurisprudence : en voici quelques-uns dans l'espece du » douaire préfix & sans retour. La Coutume de Montargis » l'établit viager. Cela posé, un particulier qui avoit son do-» micile à Montargis, va demeurer à Sens; là il passe un con-» trat de mariage, par lequel il doue sa future épouse d'un » douaire préfix de 500 liv. pour une fois payer. Après la cé-» lébration du mariage il retourne, avec sa femme à Mon-» targis, où il avoit son domicile, & où étoit toute sa famille. » Ce particulier décede à Montargis sans laisser aucuns en-» fants; la veuve est payée de son douaire, après son décès. » Question de savoir si son douaire est viager, suivant la

» Coutume de Montargis, ou ſans retour, ſuivant celle de » Sens.

» Arrêt du 18 Mai 1629, confirmatif de la Sentence des » Requêtes du Palais, par lequel il a été jugé qu'il falloit ſuivre » la Coutume de Sens, où le contrat de mariage avoit été » paſſé, & qu'ainſi le douaire étoit ſans retour. Dufreſne, » *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 46. Par la diſpoſition de la Coutume » de Paris, la femme douée de douaire préfix, ne peut choiſir » le douaire coutumier, s'il ne lui eſt permis par le contrat » de mariage. Par la diſpoſition de la Coutume de Meaux, au » contraire, elle le peut, quoiqu'il n'en ſoit fait aucune men- » tion, ni ſtipulation dans ſon contrat de mariage. Cela poſé, » deux perſonnes contractent mariage à Paris; l'un accorde » un douaire préfix à la femme, ſans néanmoins lui donner » le pouvoir d'opter l'une ou l'autre Coutume. Queſtion de » ſavoir ſi, prenant en la Coutume de Paris le douaire préfix, » comme elle y eſt obligée, elle pourra encore prendre le cou- » tumier dans celle de Meaux.

» Arrêt du 21 Juillet 1500, donné entre la veuve & les hé- » ritiers de M. Pierre l'Orphevre, Me des Comptes, par le- » quel il a été jugé que la veuve ne pourroit prétendre d'autre » douaire que le préfix, tant ſur les biens aſſis à Paris, que » dans les autres Provinces. Charondas, *en ſes Réponſes de* » *Droit*, *liv.* 3, *ch.* 78.

» La Coutume de Chauny eſt ſemblable à celle de Meaux; » c'eſt-à-dire, que la femme, douée de douaire préfix, a la » liberté d'opter le douaire coutumier, quoiqu'il n'en ſoit fait » aucune mention dans le contrat de mariage. Cela poſé, le » Marquis de Neſle, qui avoit ſon domicile au Marquiſat » de Neſle, dans la Coutume de Chauny, paſſe ſon contrat » de mariage à Paris, par lequel il doue ſa future épouſe de » 3000 liv. de rente de douaire préfix, ſtipulé propre aux en- » fants, ſuivant la Coutume de Paris, à laquelle les Parties » ſe ſoumettent. Après le décès du Marquis de Neſle, la » veuve voulut opter le Coutumier, pour jouir de la moitié de » la terre de Neſle, conformément à la Coutume de Chauny; » ſes héritiers prétendent le contraire.

» Arrêt du 10 Mars 1653, plaidants Montholon & Gautier, » par lequel la veuve a été déboutée de ſa demande, & ce,

» contre les conclusions de M. Talon. Dufresne, *tom.* 1, » *liv.* 7, *ch.* 20.

» C'est donc une maxime indubitable que, quand il s'agit » de l'exécution, ou de l'interprétation d'un contrat, il faut » avoir recours à la Coutume du lieu où il a été passé ; & par » conséquent, quand il faut expliquer, ou, pour mieux dire, » exécuter une clause du côté estoc & ligne, apposée dans un » contrat de mariage, il faut nécessairement suivre la dispo- » sition de la Coutume, dans l'étendue de laquelle le contrat » a été passé.

» En effet, cela a été jugé, *in terminis*, par un Arrêt rendu » le 17 Décembre 1655, de relevée, donné sur les conclu- » sions de M. Talon. En la Coutume de Melun, une femme » apporte 800 liv. en mariage, & stipule qu'ils seront em- » ployés en héritages, propres à elle & aux siens, de son côté » & ligne ; elle décede & laisse un enfant, qui décede peu de » temps après ; ses oncles maternels prétendent cette somme » de 800 livres, comme propre maternel ; le pere le prétend » comme héritier des meubles & acquêts, d'autant qu'en la » Coutume de Melun, il faut être descendu de l'acquéreur, » pour succéder à un propre, & qu'au défaut d'héritiers des » propres, il appartient à l'héritier des acquêts. Par cet Arrêt, » cette somme a été adjugée au pere. Dufresne, *tom.* 1, *liv.* 8, » *ch.* 26. «

Voici présentement quelles sont mes réflexions sur ce que je viens de transcrire.

Je trouve d'abord que la décision de nos deux Consultants est trop générale : je ne crois pas qu'il faille suivre comme une maxime en toutes sortes de cas, que quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat, l'on doive aussi-tôt avoir recours à la Coutume du lieu où il a été passé, comme je vais le prouver dans un moment ; & c'est contre une décision aussi générale que se récrie Burgundus, comme nous l'avons remarqué ci-devant.

Ces deux Consultants tirent toutes leurs preuves de quelques Arrêts qui ne sont pas concluants.

En effet, par rapport à l'Arrêt de 1629, que les uns datent du 18 Mai 1629, & les autres du 28 Mai 1633, j'ai observé, dans ma question 6, *des démissions de biens*, imprimé en 1727,

pag. 158, qu'à bien conſidérer la clauſe du douaire, qui faiſoit l'objet de la conteſtation, elle ne pouvoit former un combat entre la Coutume de Sens, où le contrat de mariage avoit été paſſé, & la Coutume de Montargis, où le mari avoit ſon domicile au jour de ſon mariage, & où il étoit venu demeurer depuis, parce que l'une & l'autre permettent également de ſtipuler un douaire ſans retour, n'y ayant point d'enfants, & que le douaire ayant été ſtipulé à une fois payer, ces termes pouvoient marquer une volonté, dans les Parties, de le faire ſans retour; enſorte qu'il n'a été nullement queſtion de décider le point de Droit, ni de donner de préférence à la Coutume du lieu du contrat, ſur la Coutume du domicile du mari; mais ſimplement d'interpréter ces termes, *à une fois payer*, que l'on a jugé emporter un douaire ſans retour.

J'ajoute encore que ſi le mari étoit domicilié à Sens au jour de ſon mariage, comme l'obſervent les Annotateurs, contre ce que dit l'Arrêtiſte, & le contrat de mariage y ayant été paſſé, la Coutume de Montargis, où le futur étoit venu demeurer, ne pouvoit pas même former un concours avec la Coutume de Sens.

L'Arrêt du 21 Juillet 1500, juge ſeulement qu'une veuve mariée à Paris avec un douaire préfix, ne pouvoit pas prétendre, tout à la fois, & le douaire préfix à Paris, & le douaire coutumier à Meaux, comme le vouloit la veuve, qui n'optoit pas l'un ou l'autre; mais qui les prétendoit tous les deux, ce qui ne juge qu'une eſpece particuliere.

L'Arrêt du 10 Mars 1653, eſt rendu dans des circonſtances fort ſingulieres.

Premiérement, c'étoit une femme de baſſe extraction, avec laquelle le Marquis de Neſle avoit vécu en débauche, qu'il avoit épouſée en ſecondes noces, & il y avoit des enfants d'un premier lit.

2°. Il paroît, par ſon contrat de mariage, qu'elle avoit été excluſe de la communauté, & réduite, pour tout avantage, au douaire convenu.

3°. Les Parties s'étoient expreſſément ſoumiſes à la Coutume de Paris.

L'Arrêt du 17 Décembre 1665, ne prouve encore rien, parce qu'il n'eſt point dit, dans l'eſpece rapportée par les Journaliſtes, que les Parties fuſſent domiciliées hors la Cou-

tume de Melun, où le contrat de mariage avoit été probablement passé ; ainsi il n'y avoit pas concours de différentes Coutumes.

Je trouve dans M. Bouguier, *lettre D. ch. 16, pag. 99* & 100, que, par Arrêt du 5 Mai 1602, on jugea que le douaire préfix, stipulé en forme de rente, par un contrat passé à Paris, par un particulier qui y étoit domicilié, étoit propre conformément à la Coutume de Paris, encore que par l'événement il fût à prendre sur des terres situées en Bourbonnois, où le douaire préfix est réputé viager. Ainsi il y avoit concours entre la Loi du contrat & la Loi de la situation ; mais la Loi du contrat étoit encore la Loi du domicile du mari, & d'ailleurs, celle de la situation ne paroissoit pas devoir influer beaucoup sur la décision, puisqu'il n'étoit question que d'une hypotheque sur les biens de Bourbonnois, qui n'est pas négative d'un douaire préfix en propriété. Voyez ce que j'ai dit, *Observ.* 37, sur le douaire : au surplus, par rapport aux contrats de mariage, les différentes circonstances & la nature des clauses, font quelquefois pencher pour la Loi du contrat ; mais il ne faut pas en faire une regle générale pour tous les autres contrats.

Je saisirai, avec plaisir, cette occasion de rendre hommage à la mémoire de feu M. Berroyer, que je connoissois particuliérement. Je ne parlerai point de cette érudition qui lui donnoit un si haut rang parmi les Consultants ; nous avons de lui plusieurs Ouvrages, que le public recherchera toujours avec empressement ; je veux le louer par les mœurs : c'étoit un homme de probité, & d'une candeur à toute épreuve ; doux sans foiblesse, affable sans flatterie, modeste sans bassesse, religieux sans affectation, mortifié sans ostentation ; que n'en pourrois-je pas dire ? Je n'ai jamais su celle de toutes les vertus qui pouvoit lui manquer. Bon mari, bon pere, bon parent, bon ami & bon citoyen, &, pour tout dire, bon Chrétien. Il a laissé un fils, Conseiller en la Cour des Aides, & il a eu deux filles, la premiere, mariée à Me Louvel des Bois ; & la seconde à Me Moufle, tous deux Avocats au Parlement, & qui ont des enfants. Il est bon que la génération de l'homme juste soit connue, puisque Dieu a promis de la bénir.

Pour revenir à notre question sur l'interprétation des contrats ou des testaments, j'estime que la seule regle que l'on

puiſſe preſcrire, eſt celle de ſe déterminer par les différentes circonſtances; & ces différentes circonſtances vous entraînent tantôt pour la Loi du contrat, tantôt pour celle de la ſituation, quelquefois pour celle du domicile, & quelquefois encore pour celle où le paiement doit ſe faire : c'eſt pourquoi je ne trouve rien de plus raiſonnable que ce que Me Charles du Molin nous a donné, par rapport à ce, au Cod. *de ſumm. Trinit. verbo conclu. de Statut.* & il ſeroit à ſouhaiter que ce qu'il nous a donné ſur les Statuts, fût auſſi détaillé, auſſi clair & auſſi ſolide que cette portion.

Ce grand homme, qui ne ſe payoit pas de mauvaiſes raiſons, & qui ne ſe laiſſoit pas entraîner par la foule, fronde avec courage ceux qui, s'appuyant ſur la Loi *ſi fundus, ff. de evict.* ont tout donné à la Loi du contrat, *quia putant ruditer & indiſtinctè quod debeat ibi inſpici locus, & Conſuetudo ubi ſit contractus. Quod eſt falſum; quin imò Jus eſt in tacita, & veriſimili mente contrahentium;* & voici ſon ſyſtême qui eſt bien différent de celui de Barthole. Ce dernier ſe laiſſe emporter par l'autorité de la Loi du contrat; mais Me Charles du Molin : qui joignoit à un eſprit rare & pénétrant, des études continuelles, *& magnam fori trituram*, penſe bien autrement, *aut Statutum loquitur de his quæ meritum ſcilicet cauſæ vel deciſionem concernunt, & tunc aut in his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt, & tunc inſpiciuntur circumſtantiæ voluntatis.*

En effet ſe perſuadera-t-on jamais que, parce qu'un homme aura, ou contracté, ou teſté, ſouvent par haſard dans un lieu, il ait, pour cela ſeul voulu dès-lors ſoumettre l'interprétation de ſes volontés aux Loix de ce lieu ? & cette circonſtance que le contrat a été paſſé dans un lieu, toute conſidérable qu'elle eſt, prévaudra-t-elle à d'autres qui peuvent paſſer pour ſupérieures.

Un homme eſt domicilié dans un lieu, il ſe marie dans un autre ſans contrat; interrogeons cet homme ſur le choix des Loix qu'il a prétendu faire pour lors; cet homme vous répondra qu'ayant un domicile certain, que devant demeurer avec ſa femme dans ce domicile, qu'ayant intention de vivre & de finir ſes jours dans ce lieu, ce ſont ſur les Loix de ce domicile qu'il a prétendu ſe régler & fixer ſes droits & ceux de ſa femme. Voilà donc un cas où, par préférence à la Loi où le ma-

riage a été célébré, il faut se déterminer pour la Loi du domicile.

Deux personnes de différentes Provinces, où le taux des rentes est différent, se trouvent dans un même lieu; l'un prête à l'autre une somme, & celui-ci fait un billet portant promesse de passer un contrat de constitution, & cependant l'intérêt.

Dans cette espece, où les parties ont laissé le taux indécis, on peut proposer plusieurs partis : le premier seroit de se déterminer pour le moindre taux, parce qu'il faut toujours pencher pour la libération de la charge la plus onéreuse.

D'autres au contraire estimeront qu'il faudroit suivre la Loi de celui qui prête, qui est présumé faire la Loi au débiteur, lorsqu'il lui prête ses deniers. C'est l'avis de M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 195.

D'autres se renfermeront dans ma sixieme regle; la promesse de passer contrat de constitution, emporte aliénation du principal. L'aliénation autorise à stipuler des intérêts, ils naissent *ex natura & tempore contractûs*, & par conséquent ils sont dûs suivant la Loi du lieu du contrat.

Pour moi, sans m'écarter de la regle sixieme, qui ne concerne que les conventions précises & non sujettes à interprétation, je ne croirois pas, dans l'espece proposée, que des non-domiciliés, qui contractent par hasard dans un lieu, & qui stipulent des intérêts vaguement, aient en vue ceux du lieu où ils contractent; celui qui s'oblige aux intérêts, me paroît au contraire n'envisager que ceux qu'il connoît, & par conséquent ceux du lieu où il demeure. Le créancier pouvoit faire la Loi, en se conformant à celle de son domicile propre; mais ne l'ayant pas faite, le débiteur me paroît réclamer valablement les Loix de son domicile, & le créancier n'a pas de raison pour le recuser. Voyez le premier cas de conscience de la section sixieme de la troisieme partie des Cas proposés par M. Roger André de la Paluelle, imprimé à Caen en 1710.

Ainsi voilà une espece où il faut suivre la Loi du débiteur. En voici une autre où il faut se déterminer pour la Loi de la situation.

Un homme est en voyage, il trouve à vendre avantageusement un domaine qu'il a, & qu'il dit consister en cent arpents; la

la meſure du lieu où il ſe trouve, eſt plus grande que celle où ſon domaine eſt ſitué; faudra t-il meſurer les cent arpents ſur la meſure du lieu du contrat ? Il n'y a perſonne qui ne ſente qu'une pareille prétention choque. *Quin imò Jus eſt in tacita & veriſimili mente contrahentium, & in dubio debet attendi menſura loci in quo debet metiri & fieri, quia menſura rei adhæret, & realis eſt.* Me Charles du Molin, *Cod. deſumm. Trinit.* & *art.* 33, *gloſſ.* 1, *n.* 86.

C'eſt encore la déciſion de Chopin, *in eodem menſurarum themate, perſtringam obiter motam in curia Pariſ. de illarum varietate controverſiam. Aureliæ cives duo, pactum ineunt de Bleſenſibus aliquot fundis diſtrahendis. Alter enim alteri eos fundos ære mancipavit, certo jugerum numero, definitos ac æſtimatos. Paucis inde diebus, emptor agros emenſus eſt, modumque agri minorem invenit, juxtà menſuram Bleſenſis provinciæ, cujus agri ſolo continentur; ideoque in Autorem ſuum judicio experitur, qui pro jugerum quantitate obligatus ſit, ut eam ſuppleat. Pauli L. ſi ſervum*, §. 1, *ff. de act. empt. Venditor autem ſe tuetur loco celebrati contractûs apud Aureliam: cujus inſpectâ menſurâ nihil deſit ex numero, ac modo jugerum Lege mancipi dicto. Re diu, multùmque concertata, ſuccubuit venditor ſententiâ inferioris Aureliæ Magiſtratûs; ſed à venditore appellatus, Præſes Provinciæ judicavit adversùs emptorem. Senatus tandem ex provocatione aditus, priorem ſententiam comprobavit*, 4 *Jul.* 1585; Leveſt & le Marié plaidants, *capit. de feudis andegav. lib.* 2, *tit.* 3, *n.* 10; *de extrajudiciariis feudorum emolumentis.* Il rapporte les différents avis des Auteurs ſur cette queſtion, & il ajoute, *juſtior tamen eſt diverſa opinio venditi agri menſuram ex Lege petendam ſitûs prædiorum, non loci pactæ venditionis*, & il cite à ce ſujet pluſieurs Auteurs.

C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 4 Juillet 1585, ſuivant le témoignage de Charondas, en ſes Pandectes du Droit François, *liv.* 2, *ch.* 30, des choſes pour leſquelles le vendeur, &c.

Que ſi la choſe qui eſt vendue eſt mobiliaire & ſujette à meſure, pour lors, ſi elle doit être meſurée ſur le lieu même où elle doit être vendue, c'eſt pour ce cas que la maxime de Loyſel a lieu; en meubles, la meſure s'en doit faire ſelon le lieu où la vente ſe fait, *L.* 3, *tit.* 4, *reg.* 19 de ſes Inſtitut. Cout. Mais ſi la choſe mobiliaire, qui eſt vendue, ne doit

pas être mesurée sur le lieu actuel de la vente, pour lors la chose doit être mesurée selon le lieu où elle doit être prise. C'est pourquoi j'ai vu juger, dit Charondas, par Arrêt du 15 Mai 1556, que la mesure du vin se doit prendre selon le lieu du cru duquel est le vin vendu ou promis, & non selon le lieu du contrat.

Voici une troisieme espece dans laquelle Everard, *cons.* 68, se détermine pour la Loi du lieu où le paiement se doit faire. Un Marchand de Paris s'oblige de payer à Amsterdam une somme de 10000 livres, sans désigner la valeur des especes. Il décide qu'il faudra les payer, eu égard à la valeur de la monnoie d'Amsterdam, parce que c'est le lieu du paiement, & celui présumé prévu par les parties. *Æstimatio rei debitæ consideratur secundùm locum ubi destinata est solutio, seu deliberatio, non-obstante quod contractus alibi sit celebratus.*

C'est pareillement l'avis de Burgundus, *Tract.* 4, *n.* 29, *ea verò quæ ad complementum vel executionem contractûs spectant, vel absoluto eo superveniunt, solere à Statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio. Rationem mutuantur à Jurisconsulto qui unumquemque vult, in eo loco contraxisse intelligi, in quo, ut solveret, se obligavit.* On accorde, par privilege, le droit de Jurisdiction sur certaines personnes demeurantes dans l'étendue de dix lieues; mais la longueur de ces lieues n'est pas fixée : dans cette espece, il paroît raisonnable de prendre la longueur des lieues de la Province, à moins qu'il n'y eût une longueur particuliere fixée pour cette Jurisdiction.

Mais il pourroit se trouver telle circonstance où il faudroit décider pour la Loi du lieu où le contrat se passe, & c'est une quatrieme espece. Telle est celle rapportée par Charondas, en ses Pandectes du Droit François, *liv.* 2, *chap.* 39.

» Un Marchand François achete en Flandres d'un Marchand » du pays, quelques marchandises pour lesquelles il fait la pro- » messe & cédule de la somme de 36 livres de gros, payable » au Marchand Flamand ou au porteur.

» Le Flamand veut être payé en France du Marchand Fran- » çois, de cette somme, selon que la monnoie vaut en Flan- » dres de la livre de gros.

» Le François offre de payer la dette à raison de ce que la » livre vaut en France.

» Ses moyens sont que, puisqu'il n'y a certain lieu désigné

» en la cédule pour faire le paiement, il faut eſtimer le paie-
» ment être déſigné au lieu où il eſt demandé.

» Et n'eſt l'intérêt petit, parce qu'en Flandres, la livre de
» gros vaut ſix livres, & en France elle ne vaut qu'une livre;
» & quand le François a fait ſa cédule, il auroit eu égard à
» l'uſage & eſtimation de la France, où il entendoit que le
» paiement devoit ſe faire.

» Il m'a ſemblé, dit Charondas, que l'eſtimation devoit
» ſe faire ſelon l'uſage du pays, parce qu'elle porte, en ter-
» mes exprès, l'eſpece & la qualité de la monnoie promiſe,
» & il dit qu'il y a un Arrêt pour ſon opinion, du 14 Août
» 1535. «

Voici l'eſpece qui a été jugée en la quatrieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Côte de Champeron, le 22 Janvier 1727.

» La femme Jomard, demeurant à Saint-Omer, & Fran-
» çois Carton, demeurant à Ypres, avoient eu des relations
» de commerce enſemble depuis 1697, juſqu'en 1717; c'eſt-
» à-dire, quatre ans encore depuis que la ville d'Ypres avoit
» paſſé ſous la domination Hollandoiſe.

Juſqu'en 1713, les Parties n'avoient eu aucune difficulté entr'elles au ſujet des eſpeces, parce que Ypres étant à la France, les eſpeces étoient ſur le même pied.

Ils n'en eurent pas encore depuis 1713 juſqu'en 1715, parce que Carton avoit la précaution de mettre dans toutes les factures, en argent cours de France, &, pendant ce temps, la valeur des eſpeces avoit varié à Ypres, tantôt elle étoit plus haute, tantôt elle étoit plus baſſe qu'à Saint-Omer.

Mais en 1715, 1716 & 1717, il y eut de nouvelles factures entre les Parties; & dans celles-ci, Carton ne ſpécifie pas ſi elles étoient payables en argent cours de France, ou cours d'Ypres, & les eſpeces s'étant trouvées plus baſſes à Ypres qu'à Saint-Omer, Carton prétendit être payé ſelon le cours des eſpeces à Ypres.

Il faut obſerverque pendant ces années, juſqu'en 1718, il avoit été fait différents paiements à Saint-Omer, par ladite femme Jomard, il s'agiſſoit de compter. La femme Jomard prétendoit compter des dernieres factures ſur le pied des premieres; Carton, au contraire, prétendoit qu'il falloit compter ſur le pied de la valeur des eſpeces dans la ville d'Ypres, parce que,

dans les dernieres factures, il n'étoit pas dit que les marchandises seroient payables en argent cours de France, & que par conséquent il falloit payer en argent cours d'Ypres. Ainsi jugé par l'Arrêt confirmatif de la Sentence du Conseil d'Artois, qui avoit infirmé celle du Magistrat de Saint-Omer.

Nª. Sur le Factum est écrit, de la main de M. Danés, l'un des Juges, ces mots : » Jugé en faveur de Carton, sur le » principe que la chose vendue doit être payée en monnoie » reçue au domicile du vendeur. «

C'est encore par les circonstances résultantes de la présomption de la volonté des Parties, que si un particulier s'est obligé de fournir, dans un certain lieu, certaine provision de vin, de bled, d'huile, & qu'il y manque, il sera condamné à l'estimation de ces marchandises, sur la valeur qu'elles ont au lieu où elles ont dû être fournies.

Si merx aliqua, veluti vinum, oleum, frumentum, quæ certo loco dari debebat, sit petita, & non detur, sanè tunc hujus loci æstimatio attendenda est, quo dari debuit. Nicol. Reus nerus, de quatuor obligationum caussis, sive qualitatibus, 1ª. parte, n. 78.

Par la même raison, on a jugé au Parlement de Tournai, par Arrêt du 27 Janvier 1696, qu'une redevance de fermes, payable en grains & à livrer en la ville de Mons, dont il étoit dû des arrérages devoit, quant à ces arrérages, être payée sur la valeur des grains de Mons. Pinault, en ses Arrêts, *ch.* 90.

C'est par la suite de ces principes, qu'en l'année 1706, le Roi Louis XIV, ayant ordonné, par une Déclaration, que les billets de monnoie de 200 liv. 250 liv. &c. auroient cours & seroient reçus pour argent comptant dans la ville de Paris seulement, & non dans les Provinces, tant pour acquits de Lettres de change, &c. qu'en tous autres paiements ; savoir, pour les paiements de 400 liv. jusques à 500 liv. moitié, &c. Tous les Bourgeois de Paris qui avoient des fermes en campagne, & qui avoient stipulé que les fermages se paieroient à Paris, se désistoient de cette clause, qui étoit en leur faveur, & demandoient acte de ce qu'ils consentoient de recevoir au lieu de leurs fermes, au moyen de quoi l'on donnoit, au Châtelet, acte de cette déclaration, & l'on condamnoit le Fermier à payer sur les lieux, en argent comptant.

Voici une eſpece où l'on ne ſe détermina pas pour la Loi du lieu du contrat, mais par la force des termes de l'engagement. Une adjudication de certains arbres, avoit été faite au Siege de Vannes, à M. Carcado, moyennant le prix de 2500 liv. payable en monnoie courante dans quinzaine, à Paris. Ceron, Procureur au Grand-Conſeil, avoit fait ordonner que cette ſomme lui ſeroit délivrée, pour payer les épices & cout d'un Arrêt. M. Carcado, qui avoit Me Évrard pour Avocat, prétendit qu'aux termes de la Déclaration du Roi, les billets de monnoie ayant cours à Paris, Ceron étoit obligé d'en accepter. Ceron répondoit que l'on ne payoit pas des épices en billets de monnoie; d'ailleurs, qu'il falloit conſidérer le lieu de l'adjudication & la prononciation de la Sentence, qui diſoit en monnoie courante. Arrêt du Grand-Conſeil, du 31 Janvier 1707, qui ordonne que le ſieur Carcado paiera en monnoie ayant cours à Vannes lors de l'adjudication : c'étoit le condamner à payer en argent comptant; car les billets de monnoie n'avoient pas cours en Province. Dictionnaire des Arrêts, *verbo* paiement, *n.* 5.

Me Ch. du Molin, qui a renvoyé aux circonſtances, s'eſt déterminé par la Loi de la ſituation dans l'eſpece ſuivante. *Conceſſio facta eſt alicui pro ſe, ſuiſque maſculis filiis & fœminis. Intelligitur ſecundùm Statutum, vel conſuetudinem loci diſponentem de modo ſuccedendi ab inteſtato*, §. 33, *Antiq. conſuet. Gl.* 1, *n.* 86.

Il ne faut donc pas généralement accorder que dans l'interprétation des contrats, il faille ſuivre la Loi du contrat; mais auſſi il ne faut pas généralement le nier. Cela dépend, comme nous venons de le dire, des circonſtances; j'eſtimerois néanmoins que, ſi on n'eſt balancé par aucunes, ou que celles qui peuvent ſe rencontrer, ne ſoient pas ſenſiblement déciſives, il y a raiſon pour lors d'adopter la Loi du contrat.

Un homme, par exemple, n'a pas de domicile certain; il ne paroît pas d'ailleurs avoir aucun eſprit de retour dans le lieu de ſa naiſſance. Cet homme ſe marie, ou contracte de toute autre maniere dans un lieu : il n'eſt pas préſumé avoir voulu ſe ſoumettre à aucune autre Loi qu'à celle du lieu où il contracte; mais parce qu'il eſt rare de trouver quelqu'un qui n'ait pas de domicile actuel, ni eſprit de retour en ſon

domicile d'origine, & avec lequel on fasse des actes qui aient des suites, cherchons un autre exemple.

Un homme se transporte exprès dans un lieu, pour y passer, avec un domicilié dans ce lieu, un contrat & un engagement; ce contrat & cet engagement deviennent sujets à interprétation, à cause des Loix différentes qui se trouvent dans les différents domiciles. Il est nécessaire de chercher quelle peut avoir été la volonté des contractants. Il sera plus raisonnable, dans cette espece, de se déterminer par la Loi du lieu du contrat, 1°. parce que c'est en même-temps la Loi du domicile de l'un des contractants.

2°. Parce que celui qui est venu contracter, y est venu exprès, & de dessein, & qu'il est, par cette raison, présumé avoir voulu se conformer à cette Loi, dont il a dû se faire instruire.

Voici ce que Schotanus, en ses *disputes de Droit*, a pensé sur ces questions, *Disp.* 8, *n.* 9, 10, 11 & 13, *advenæ duo qui sunt ejusdem territorii alio in loco quàm suo simpliciter contrahentes fortuito ignari juris quod aliter observatur in loco contractûs quàm suo, non videntur secundùm aliud jus quàm id quod in sua patria obtinet, contraxisse: adventitius hic casus quod simul in eum locum venerint, non hic computandus. L. Julianus 6, ff. qui & à quibus manumiss. liberi non fiant.*

Idem arbitror procedere cùm convenit inter eos ut statim, vel post, ibi ubi contraxerunt, fiat solutio, intentio enim alia eorum non quàm ut secundùm Leges suæ patriæ agerent. Actus enim, ut dici assolet, agentium, nunquàm quid operantur ultrà eorum intentionem. L. non omnis. 19, de reb. credit. intentio verò talis esse præsumitur, præcipuè ex personæ qualitate, conditione, ac domicilio, si non fortior conjectura.

Sin autem istuc non casu venerint, sed eo animo ut isto loco contraherent, uti fieri solet in nundinis, ac merces ubi suas, vel unus, vel ambo contrahentes habuerint, ut ibi ea possint distrahi; non dubito quin secundùm Leges ejus loci & non patriæ, in lite eorum super controversiis ex negotiatione, ubi contractus sit, judicandum, si vel nihil sit dictum de solutione, vel maximè si convenerit, ut ibi fieret solutio..... cùm autem quis cum suo concive contrahit, ipsius personæ, ut sui concivis qui se eodem jure

ſecum utitur, jus ſpectare videtur. L. qui cum alio 19, de reg. Jur. Cùm verò id fit, ſecundùm Leges patriæ, contractum eſſe initum præſumi oportet.

Si Titius forenſis contraxerit cum Caio cive ejus loci ubi contrahitur, ſequi oportet Titium jus civitatis in qua contraxit: contractus enim ibi abſolute accepit originem, & eſſentiam ſuam.

On voit donc que quand il s'agit de l'interprétation des contrats, ou des teſtaments, beaucoup de nos queſtions mixtes ſe décident par les circonſtances. Je ſais qu'en recourant aux circonſtances qui donneront lieu aux préſomptions & aux conjectures, on rendra bien des queſtions arbitraires, parce que l'on pourra ſe déterminer par des conjectures peu ſolides, & que le cerveau des hommes n'eſt pas unanimement frappé des mêmes circonſtances; mais cet inconvénient me paroît ſans remede, ſi ce n'eſt de régler les queſtions qui peuvent ſe rencontrer plus ordinairement. Au ſurplus, voyez mes Diſſertations mixtes, *Diſſert.* 17; Dolive, *liv.* 4, *ch.* 20; Catelan, *liv.* 6, *ch.* 21; Ricard, *des Donations*, *part.* 2, *ch.* 3, *n.* 103, 104 & 105.

Dans les teſtaments, il n'eſt preſque pas poſſible de ſe déterminer autrement que par les circonſtances. La volonté du teſtateur eſt toujours ſujette à interprétation : cette interprétation ſe prend ſuivant les circonſtances, tantôt de la Loi du domicile, tantôt de celle de la ſituation, & tantôt de celle du lieu où le teſtament a été fait, quelquefois, encore, des termes du teſtament, & c'eſt ce qui fait l'incertitude du Juriſconſulte.

C'eſt ainſi que Caramela, en ſon Traité *de legatis*, *lib.* 3, *pag.* 358, s'eſt déterminé ſur l'eſpece ſuivante.

Un pere de famille de la ville de Perouſe, en Italie, & y domicilié, ſe trouve à Ancone, pour raiſon de commerce & d'affaires : il y fait ſon teſtament, & y legue, à une de ſes filles, 500 florins.

A Ancone, les florins ſont de moindre valeur qu'à Perouſe.

La queſtion fut de ſavoir en quelle valeur on devoit payer ces 500 florins, & cet Auteur décide par les circonſtances, en faveur de la Loi de Perouſe, domicile du teſtateur, & non

en faveur de la Loi d'Ancone, qui étoit néanmoins la Loi du lieu du testament.

Voici une autre espece, où il s'agit d'une certaine quantité de mesures de froment, léguées, & que Hertius, *de collig. Leg. sect. 6, n. 3*, décide encore par la Loi du domicile.

Alter casus est. Titius tot atque tot modios frumenti legat, vel jugera agri : jam quæritur an loci ubi testatur, an ubi domicilium habet, mensuram intellexisse existimetur ? Affirmatur posterius arg. L. Nummis 75. D. de legat. 3, ubi nummi legati intelliguntur secundùm consuetudinem patrisfamilias, aut regionis. Hinc J. C. verba testatoris præcipuè interpretantur secundùm loci Consuetudinem ubi testator originem, vel domicilium habet. Mantica, L. 6, de conject. ultim. volunt. Tit. 8, n. 8 ; Simon de Prætis, L. 1, de conject. ult. volunt. interpr. 1â. dub. 1, solut. 9, n. 3 & seq. cur secus est in casu præcedente ? Nimirum contractus duorum voluntate perficiuntur, at in testamentis unus loquitur, perinde ut in votis, de quibus est Cap. ex parte 18, X. de censibus.

Alexandre propose une autre espece, qu'il a décidée par les termes du testament. *Testator duo fecit legata in testamento. 1°. Enim dixit : volo construi quandam capellam in civitate Mutinæ, in quâ constructione accipiantur sexcenti ducati currentes ex illis mille ducatis quos Joannes Strigius frater meus, in dictâ civitati mutinæ moram trahens habet, tenet, & possidet proprios meos. Secundum fuit legatum factum à testatore his verbis : lego uxori meæ illos quadringentos ducatos restantes ex illis mille ducatis quos habet, & tenet dictus Joannes frater meus ; & præsupponitur in facto quod dictus Joannes habuit à testatore ducatos mille secundùm cursum, & valorem civitatis Neapolis : unde per relationem ad dictos mille ducatos, quorum testator voluit dare quadringentos, apparet quod intelligi debet secundùm cursum Neapolis, quia si intelligeretur secundùm cursum Mantuæ, non restassent quadringenti ducati deductis sexcentis. Et ideò sequitur quod illi qui restant, deductis, sexcentis, debentur, & non ultra, ut est casus. In L. si servus legatus, §. qui quinque, & in Leg. si sic. §. 1°. de legatis 1, cùm ergò restant solùm quadringenti ducati secundùm cursum civitatis Neapolitanæ, illi solùm debentur, & non ultra : pro hoc etiam facit,*

quia

quia teſtator, legavit dictam pecuniam, tanquàm certos num mos, & certum corpus exiſtens apud fratrem, ut patet ex illis verbis, meos proprios, & ſic præſupponit tranſlatum fuiſſe dominium in fratrem, unde quoniam pecunia legatur tanquàm corpus certum, non attenditur conſuetudo alicujus regionis, ſed ſolùm exiſtentia corporis. L. ſed & certos junctâ lege præcedenti, §. fin. de legat. 1, ſed exiſtentia corporis conſiſtebat in ducatis ſecundùm curſum civitatis Neapolis. Ergò illud attendi debet. Alexand. & ita dico, & conſulo, conſ. 19, liv. 6.

Me Ch. du Molin, à ſon égard, dit que *ſi teſtator habens prædia in diverſis locis legaverit in genere mille jugera, alio non expreſſo, quia cùm teſtator non cenſerit niſi de una uniformi menſura, debet in dubio attendi menſura loci ubi teſtator domicilium habebat, & converſabatur. Cod. de Statut.*

Il y a une belle queſtion agitée par M. le P. Bouhier, *chapit. 2, n. 220*, & qui eſt une queſtion conjecturale en matiere de teſtaments; c'eſt aſſez d'indiquer cet Auteur. Un ſavant, ou celui qui eſt avide de le devenir, ne peut plus dès lors ſe diſpenſer de le conſulter.

M. Boucher d'Argis, dans ſon Traité de la Crüe, *ch. 3*, traite une queſtion qui tombe volontiers dans la préſente diſſertation.

Après avoir expoſé dans les deux premiers Chapitres de ſon Traité, la variété qui regne dans nos Coutumes, au ſujet de la crüe des meubles inventoriés & priſés; & après avoir fait obſerver que, dans quelques-unes, il n'y avoit point de crüe; que, dans d'autres, elle eſt du quart en ſus de la priſée; dans d'autres, du huitieme, & dans d'autres, du tiers; il ſuppoſe un homme qui décede, & qui laiſſe des meubles dans différentes Coutumes; faudra-t-il, dans ce cas, pour régler, s'il eſt dû la crüe, ou non, & quelle en doit être la quotité, ſuivre la Loi du domicile, ou bien celle où ſe fait l'inventorié, ou enfin la Loi du lieu où réſident ordinairement les Officiers qui font la priſée?

Pour la déciſion de ces queſtions, M. Boucher d'Argis diſtingue pluſieurs cas, ſi les meubles qui ſont hors le domicile, ſont conduits dans le lieu du domicile, & y ſont inventoriés; il n'héſite pas à décider qu'il ne faut ſuivre qu'une Loi uniforme, qui eſt la Loi du domicile où ſe fait l'inventorié, & cette déciſion eſt toute ſimple. En quelqu'endroit que fuſſent

les meubles au jour du décès, il s'uffit qu'ils aient été prisés dans le lieu du domicile. Il y a double raison pour se fixer à cette Loi : 1°. c'est le lieu de la prisée ; 2°. c'est celui du domicile où les meubles, en conséquence de la prisée, auroient dû être vendus, & par conséquent ils sont présumés avoir été prisés suivant l'usage du lieu.

Que si ces meubles sont prisés dans les différents endroits où ils se trouvent au jour du décès, & par les Officiers de chacun de ces endroits, M. Boucher d'Argis décide qu'il y aura crüe ou non, & qu'elle sera de la quotité, suivant le lieu où seront faites les différentes prisées, & ces décisions se présentent d'elles-mêmes.

Mais il est un cas plus difficile. On suppose un homme qui décede domicilié à Paris ; les Officiers du Châtelet qui ont droit de suite, se transportent dans les différentes Coutumes où il y a des meubles, & y font l'inventorié & la prisée : dans cette espece, ce sont les mêmes Officiers qui instrumentent, mais en différents endroits ; faudra-t-il, pour régler la crüe & la quotité, suivre l'usage qui s'observe à Paris, qui est le quart en sus ? ou faudra-t-il suivre les différents usages des différents endroits où les meubles auront été prisés ?

Sur cette question particuliere, M. Boucher d'Argis dit qu'il faut examiner si l'usage qui admet ou rejette la crüe, est personnel ou réel. Il n'est pas personnel, dit-il, il n'y a rien dans son objet qui intéresse l'état général de la personne, & dès lors, dans son systême, il le faut dire réel, parce que tout Statut qui ne regle pas l'état général de la personne, est, selon lui, un Statut réel ; & il se détermine à dire que, dans l'espece proposée, il faut encore suivre la Loi des lieux où se sont faites les différentes prisées.

Mais, auparavant de nous donner sa décision, il propose trois partis : le premier seroit que, comme la différence de la crüe peut venir du plus ou du moins de capacité & d'expérience pour ces sortes de choses que l'on présume dans les Officiers qui ont fait la prisée, & que, dans les pays où la crüe n'est pas admise, c'est parce qu'on sait, par expérience, que ceux qui y font la prisée des meubles, sont dans l'usage de la faire à juste valeur, conformément à ce qui se pratique dans le lieu de leur résidence, & qu'au contraire dans les pays où la crüe a lieu, cela vient de ce qu'on a moins de

confiance dans la capacité des Officiers, & de ce qu'on préſume qu'ils eſtiment toujours les choſes au plus bas prix, de peur de ſe tromper.

Dans ce ſyſtême, ce ſeroit l'uſage ſuivi dans la Juriſdiction dont leur pouvoir eſt émané, qui régleroit la crüe & la quotité d'icelle, attendu que l'inventaire ayant été continué par les mêmes Officiers, par droit de ſuite, dans les différents endroits où il s'eſt trouvé des meubles, ces Officiers ſont préſumés avoir ſuivi par-tout leur ſtyle & uſage ordinaire pour la forme de l'inventaire & de la priſée.

Le ſecond parti ſeroit de dire que l'obligation d'ajouter la crüe à la priſée, eſt une condition attachée aux meubles par la Loi de leur ſituation qui eſt celle du domicile.

Enfin le troiſieme parti que M. Boucher d'Argis trouve le meilleur, eſt de conſidérer la Loi du lieu où ſe fait la priſée, parce que *locus regit actum*; que d'ailleurs la vente des meubles a coutume d'être faite dans le lieu où ils ont été inventoriés; que la crüe n'eſt qu'une peine établie contre ceux qui ne les ont point fait vendre, quoiqu'ils y fuſſent obligés; que la Loi qui regle le lieu où ſe doit naturellement faire la vente, doit régler la peine que l'on encourt, faute d'avoir fait cette vente.

Suivant le parti qu'embraſſe M. Boucher d'Argis, il faut dire que les Officiers du Châtelet ſe tranſportant hors l'étendue de la Coutume de Paris, pour y faire une priſée, la crüe doit être réglée, ſuivant l'uſage obſervé dans le lieu de la priſée.

On ne croit pas que M. Boucher d'Argis pût appliquer cette déciſion au cas où les Officiers du Châtelet auroient déclaré qu'ils ont fait la priſée conformément à l'uſage du Châtelet; car, dans ce cas, il faudroit accorder la crüe conformément à l'uſage de cette Juriſdiction.

La difficulté ne peut donc être que pour le cas où les Officiers du Châtelet auroient fait leur priſée, ſans déclarer ſuivant quel uſage ils l'auroient faite; & dans ce dernier cas, je ſuis fâché de n'être pas de l'avis de mon confrere; mais j'eſpere que la différence des ſentiments, ſur ce petit objet, n'altérera pas l'amitié qui eſt entre nous.

Je n'admets pas d'abord *ruditer & indiſtinctè* le principe de M Boucher d'Argis qui eſt, que tout Statut qui ne regle

pas l'état général de la personne, soit un Statut réel. Le Sénatusconsulte Velleyen ne regle pas l'état général de la femme, & cependant il est personnel; mais venons à notre question. Il me paroît qu'elle dépend moins de celle de savoir si le Statut qui regle l'usage de la prisée, est un Statut personnel, ou s'il est réel, que de savoir quel usage les Officiers du Châtelet qui ont fait la prisée, ont voulu ou dû suivre, & ont présomptivement suivi.

Quand les Officiers du lieu ont eux-mêmes fait la prisée, on ne peut pas douter qu'ils n'aient voulu se conformer à l'usage du lieu dont ils sont Officiers; ainsi, dans ce cas, pour décider s'il y aura crüe ou non, & quelle en sera la quotité, on suivra l'usage du lieu, à moins qu'il ne paroisse clairement que les Officiers s'en sont écartés.

Mais quand ce sont les Officiers du Châtelet qui se transportent dans une autre Jurisdiction, par droit de suite, peut-on présomptivement croire que ces Officiers aient voulu se conformer à l'usage du lieu, & que, se transportant en vertu du droit de suite que leur donne le scel du Châtelet, & procédant, par une continuation de ce qu'ils ont déja fait, à Paris, ils aient voulu, lorsqu'ils ne le disent pas, changer leur maniere de priser, de sorte qu'un même inventaire contînt différentes prisées?

Je dis plus, je dis qu'ils ne sont pas astreints à suivre d'autres usages, parce que, travaillant de l'ordre du Châtelet, & ne faisant que continuer le même inventaire, ils ne doivent pas changer leur maniere de procéder, qui doit être uniforme & égale en quelqu'endroit qu'ils instrumentent.

Par exemple, il est des Coutumes qui, pour la confection de l'inventaire, exigent certaines formalités différentes de la Coutume de Paris; dira-t-on que le subrogé tuteur, nécessaire à Paris pour la dissolution de la Communauté, y ayant enfants mineurs, ne sera plus nécessaire pour la suite de l'inventaire, parce que les Officiers du Châtelet cessent d'instrumenter à Paris, & vont instrumenter dans un autre endroit? & c'est ce que je ne déciderois certainement pas, parce que les Officiers du Châtelet, procédant par suite, ils ne doivent pas interrompre la forme sous laquelle ils ont commencé; & qu'en quelque Jurisdiction que les Officiers du Châtelet instrumentent par droit de suite, il est vrai de dire qu'ils ins-

trumentent, dans le territoire du Châtelet; le ſcel de cette Juriſdiction, n'ayant d'autres bornes & d'autres limites de territoire, quant à ce, que le Royaume même.

Mais obſervez que je parle des actes judiciaires qui ſe font par droit de ſuite; car, ſi un Notaire du Châtelet étoit appellé hors l'étendue du Châtelet & de la Coutume de Paris, pour y recevoir un teſtament, je ſuis perſuadé que, dans ce cas, ce Notaire devroit obſerver les formalités preſcrites dans le lieu où il inſtrumente; le droit d'inſtrumenter par tout le Royaume, lui donnant bien droit d'exercer ſes fonctions, mais dépendamment des Loix où il inſtrumente. C'eſt une concurrence avec tous les Notaires du Royaume, mais qui ne les diſpenſe pas des regles.

Quand je dis que les Notaires du Châtelet ont concurrence avec tous les Notaires du Royaume, j'entends que, comme les autres Notaires du Royaume n'ont droit d'inſtrumenter que dans les lieux où ils ſont prépoſés pour être Notaires, ceux du Châtelet de Paris ont droit d'inſtrumenter dans les lieux mêmes où les autres ſont prépoſés, & même en fait d'inventaires, s'ils en ſont requis par une ſeule partie intéreſſée & qu'ils aient prévenu, ils ſont en droit d'exclure tous Notaires du lieu, ſuivant l'Arrêt de Réglement, du 9 Mai 1736, parties, M. Gillet, Notaire à Paris, la Communauté des Notaires de Paris, & le ſieur l'Eguillier, parties requérantes l'inventaire d'une part, M. Lerrier, Notaire à Saint-Denis, la veuve & héritiers de Souches d'autre; & j'eſtimerois même, dans ce cas, que le Notaire du Châtelet pourroit ſe contenter de deux témoins, & ne procéder avec aucun Notaire du lieu, ſi ce n'eſt que la formalité du ſecond Notaire fût de forme eſſentielle dans ce lieu.

Au ſurplus, pour terminer la queſtion de la crüe, je ne crois pas qu'on admette la crüe à Paris, parce que l'on préſume, dans les Officiers qui font la priſée, peu de capacité. Il n'eſt pas de ville dans le Royaume, où les Huiſſiers ſoient plus expérimentés, & connoiſſent mieux la juſte valeur des meubles. Enfin j'ai appris que, dans le fait, en quelqu'endroit du Royaume qu'ils ſe tranſportent par ſuite, ils font toujours la priſée, en préſuppoſant que la crüe du Châtelet aura lieu.

Ainſi je préférerois le premier parti propoſé par M. Boucher

d'Argis, au troisieme qu'il a adopté; peut-être même que les choses bien développées, nous penserions l'un comme l'autre.

Je n'en dirai pas davantage sur la Loi du contrat, & j'emploierai, pour supplément, la consultation suivante dans laquelle je me suis déterminé pour la Loi du contrat; parce que toutes les circonstances me parurent concourir pour cette Loi, & devoir servir à interpréter la volonté des contractants, & c'est la réunion de toutes ces circonstances qui fit que je poussai aussi loin les privileges de cette Loi.

M. le Comte de R..... domicilié en Languedoc, avoit entre autres enfants, un fils qui, depuis plusieurs années, étoit à Paris. Ce fils se maria avec la Demoiselle de.... qui y étoit née & domiciliée, à l'effet de quoi le pere envoya une procuration générale & indéfinie à M. l'Evêque de.... pour régler les conventions matrimoniales.

Par le contrat de mariage, M. le Comte de... donne à son fils la moitié de tous les biens meubles & immeubles qui lui appartenoient alors, & qui se trouveroient lui appartenir au jour de son décès, sous la condition que, si le futur époux décede sans enfants mâles, nés de ce mariage, la moitié des biens à lui présentement donnés, rerournera à l'aîné de ses freres, ou à l'aîné des enfants mâles dudit aîné; après toutes fois que les conventions de ladite Demoiselle future épouse auront été payées & acquittées, & que déduction aura été faite de la légitime des filles.

De ce mariage il y a eu deux enfants, le Comte du R... & la Comtesse de L....

Le Comte de... petit-fils du donateur, prétendoit qu'il étoit appellé à titre de substitution à recueillir les biens donnés à son pere par son aïeul, parce que les biens donnés sont situés à Toulouse, & que, dans l'étendue de ce Parlement, les enfants, mis dans la condition, sont mis dans la disposition.

La Dame de L... sa sœur au contraire prétendoit être héritiere, *ab intestat*, de son pere avec le sieur son frere, parce que, disoit-elle, la clause *si sine liberis* n'est qu'une véritable condition par le défaut de laquelle il n'y a plus eu de substitution, aux termes même de la clause, où il n'est parlé du défaut d'enfants, que comme d'une condition de la substitu-

tion, & que telle eſt la Juriſprudence du Parlement de Paris où le contrat de mariage a été paſſé.

On demande, dans cette eſpece, s'il faut ſe déterminer par la Loi de la ſituation, ou par celle du contrat.

Lorſqu'on m'apporta ce Mémoire, je fis remarquer à la perſonne qui agiſſoit pour la Dame de L... que la ſubſtitution étoit au profit des mâles, qu'elle étoit faite par un Gentilhomme de diſtinction, & qu'elle me paroiſſoit avoir toutes les conditions requiſes par M. Cujas, pour être graduelle; je parlois pour lors avant l'Ordonnance de 1747. On me pria de me renfermer dans la queſtion mixte, qui étoit portée au Mémoire, c'eſt-à-dire, ſi pour décider *an filii poſiti in conditione, ſint poſiti in diſpoſitione*, il falloit ſe déterminer par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, lieu de la ſituation, ou par la Juriſprudence du Parlement de Paris, où le contrat avoit été paſſé, entre un fils qui y demeuroit depuis pluſieurs années, & qui, par ſon contrat de mariage, y fixoit ſon domicile, & une fille qui y avoit toujours été domiciliée, ſubſtitution faite par le miniſtere d'un fondé de procuration, dont le pouvoir étoit indéfini, & qui étoit le maître abſolu des conventions; & c'eſt ſur ces circonſtances ſeules que je donnai la conſultation ſuivante.

Le Conseil soussigné eſt d'avis, ſur la queſtion propoſée, qu'il faut ſuivre la Loi où le contrat de mariage a été paſſé. Pour la déciſion de cette queſtion, il eſt néceſſaire de faire quelques réflexions préliminaires.

Il ne s'agit pas ici de décider du pouvoir qu'avoit le Comte de R..... aïeul, de diſpoſer de ſa terre, & autres biens qu'il a donnés; toutes les Parties conviennent qu'il a pu donner, & qu'il avoit une capacité, habilité & faculté ſuffiſantes.

Il n'eſt pas queſtion non plus de décider ſi en donnant, il a excédé les portions permiſes par la Loi de la ſituation: on convient encore qu'il n'a donné que ce qu'il pouvoit donner.

Enfin, il n'eſt pas queſtion de ſavoir ſi le Comte de R..... en ſubſtituant ſous la clauſe *ſi ſine liberis*, a pu faire une ſubſtitution graduelle & perpétuelle, ou s'il a pu n'appoſer qu'une ſimple condition: la Juriſprudence du Parlement de

Toulouſe, qui a entendu ces ſortes de clauſes, d'une ſubſtitution graduelle, n'ôte pas la liberté de réduire ces mêmes clauſes à une ſimple condition. Ainſi, le Comte de R..... pouvoit, en ſubſtituant cette clauſe, *ſi ſine liberis*, ajouter que cette clauſe n'induiroit pas un fidei-commis, mais une ſimple condition, qui anéantiroit la ſubſtitution, auſſi-tôt qu'il y auroit des enfants.

D'où il réſulte que, dans l'eſpece qui eſt à décider, il ne s'agit d'aucune réalité, les biens donnés ayant, par la diſpoſition de la Loi de la ſituation, aptitude à être donnés purement & ſimplement, ſans ſubſtitution, ou à être ſubſtitués graduellement, ou à ne l'être que ſous condition, ſans que dans tous ces cas, on diſpoſe contre la teneur de la Loi de la ſituation, parce que, dans le Parlement de Toulouſe, il n'y a aucune Loi, ni purement négative, ni négative prohibitive aux contractants, de faire une ſubſtitution, ou de n'en point faire, de convertir la clauſe, *ſi ſine liberis*, en ſimple condition, ou de lui donner l'effet d'une ſubſtitution graduelle.

Il ne peut donc être queſtion que de chercher la volonté des contractants, quelle qu'elle ait été; elle ne bleſſe en aucune maniere, ni la Loi, ni la Juriſprudence de Toulouſe, qui n'eſt pas prohibitive de cette volonté.

Nous diſons qu'il s'agit de chercher la volonté des contractants; car il n'eſt pas ici queſtion de la volonté d'un ſeul homme, comme dans une diſpoſition teſtamentaire, il eſt queſtion d'une convention matrimoniale, où la volonté de toutes les parties doit concourir.

Mais cette volonté, telle qu'elle puiſſe être, ne rencontrant aucune réſiſtance dans la Loi de la ſituation, il la faut exécuter à la lettre.

Or, en fait de conventions, dont l'interprétation ne ſauroit jamais bleſſer la Loi de la ſituation, la grande regle de nos Auteurs, eſt de ſuivre la Loi du contrat, parce que des perſonnes qui contractent dans un lieu, ſont communément préſumées adopter les diſpoſitions de ce lieu.

Les raiſons qu'ils en donnent ſont, que qui dit un contrat, dit une convention de pluſieurs perſonnes. Or, ces différentes perſonnes pouvant être domiciliées dans différents endroits, régis

régis par différentes Loix, l'utilité du commerce, le bien de la Juſtice, & même la Loi naturelle, exige, ſelon eux, que l'on donne la préférence à la Loi du contrat.

S'il en étoit autrement, les conventions deviendroient des ſources de conteſtations; chacune des Parties réclameroit ſes Loix particulieres, & prétendroit les faire paſſer dans les conventions, enſorte qu'il y auroit perpétuellement un choc & un combat dans l'exécution.

Qu'on ne diſe pas que, comme l'on peut contracter en un lieu plutôt que dans un autre, les mêmes conventions recevroient du haſard du lieu, leurs interprétations; au lieu que les Loix de la ſituation ſont unes & immuables, & que c'eſt par conſéquent à celles-là qu'il faut ſe fixer.

A cette difficulté, on répond que, dans le cas d'un contrat de mariage, le lieu du contrat n'eſt pas un lieu de haſard, c'eſt ordinairement le lieu du domicile de la future, c'eſt quelquefois celui du futur; & il eſt juſte, dans le concours des Loix du contrat, & de celles de la ſituation des biens, de donner la préférence aux Loix du contrat, dans une matiere de pure interprétation de volonté; parce que des Parties qui contractent dans un lieu, ſont préſumées s'inſtruire des Loix de ce lieu; & que les conſeils & les Officiers qui les dirigent, ſont préſumés les en avertir, & leur inſpirer plutôt des Loix qu'ils connoiſſent, que des Loix étrangeres qu'ils ne pratiquent point, & dont ſouvent ils n'ont point entendu parler.

Il eſt vrai que quand ces Loix du contrat combattent les Loix réelles, négatives, prohibitives du lieu de la ſituation, en ce cas, il faut donner la préférence aux Loix de la ſituation; parce qu'il eſt juſte que de pareilles Loix, faites pour régir des biens ſoumis à ces Loix, aient leur exécution, & que la volonté ſoit gênée, & néceſſairement aſtreinte aux Loix réelles prohibitives de la ſituation.

C'eſt ainſi, par exemple, que dans une Coutume où don & douaire ne ſauroient concourir ſur les mêmes biens, dans celles où le douaire préfix ne ſauroit être plus fort que le coutumier, il faudra ſuivre les Loix de la ſituation, parce qu'effectivement ces Loix ſont réelles, & affectent ces biens par une diſpoſition négative prohibitive.

Mais quand les biens ſont ſitués dans des lieux qui admettent

également une convention comme une autre, & qui ne disposent pas des choses par une Loi prohibitive, pour lors on n'est plus obligé de recourir à la Loi de la situation ; mais on peut recourir à la volonté des contractants, & cela par cette raison dominante, que ne s'agissant que de l'interprétation de la volonté, c'est une chose pure personnelle.

C'est dans ce cas que nos Auteurs donnent la préférence à la Loi du contrat ; parce que s'agissant de l'interprétation d'une volonté qui a le choix de l'un ou de l'autre, l'homme est présumé vouloir selon les Loix où il a contracté, par la raison que l'on vient de dire, que ce sont ces Loix dont il est présumé s'être fait instruire, & que les Officiers qui l'ont dirigé, ont été plus à portée de lui insinuer.

Quoique les principes que nous venons d'expliquer, soient ceux de presque tous nos Auteurs, néanmoins il ne faut pas les appliquer indifféremment à toutes sortes d'especes ; & il faut convenir que, dans une matiere conjecturale & de présomption, il y a des cas où la présomption peut exiger qu'on ne suive pas toujours les Loix du contrat, comme lorsqu'il y a une présomption plus forte qui contredit celle-ci.

C'est ainsi, par exemple, que si un homme, domicilié dans une Coutume, se marie dans une autre, sans se soumettre expressément à cette autre Coutume, on présumera toujours qu'il aura voulu se marier selon les Loix de son domicile ; & on le présumera dans la femme comme dans le mari, parce que la femme étant obligée de suivre son mari, & étant une partie de lui-même, l'un & l'autre sont présumés préférer des Loix sous lesquelles ils se rangent, pour y passer intentionnellement leurs jours.

C'est encore ainsi, que si une personne emprunte dans un lieu, & s'oblige de payer dans un autre, on présumera que les parties se sont soumises aux Loix du lieu où le paiement doit se faire, parce que c'est dans ce lieu que l'engagement doit trouver son complément & son exécution, & c'est le sujet de ce fameux Conseil 78 d'Everard, qui nous a donné, sur cette matiere, de si grands & de si beaux principes de décision.

Mais lorsque les présomptions ne nous emportent pas fortement hors le lieu du contrat, ce sont communément les Loix de ce lieu qu'il faut suivre. Aussi voyons-nous que dans

la theſe générale, tous nos Auteurs ſe rangent du parti de la Loi du contrat.

C'eſt pourquoi ils ont tous regardé la Loi *ſi fundus, ff. de evict.* comme une Loi déciſive en cette matiere, & qui ſappoit la difficulté juſqu'à la racine. *Hæc Lex videtur ponere ſecurim ad radicem.*

Me Charles du Molin, Prince de notre Juriſprudence coutumiere, & qui joignoit une grande pratique à une longue ſpéculation, ne s'eſt pas, on en convient, rendu purement & ſimplement à cette déciſion ; mais auſſi il n'a pas oſé la rejetter purement & ſimplement, & il convient que le lieu du contrat eſt une des préſomptions qu'il faut admettre. *Aut Statutum loquitur de his quæ meritum ſcilicet cauſæ, vel deciſionem concernunt, & tunc aut in his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt, & tunc inſpiciuntur circumſtantiæ voluntatis quarum una eſt Statutum loci in quo contrahitur.*

Voilà donc, ſelon Me Charles du Molin, la Loi du contrat, qui eſt une des circonſtances qu'il faut conſidérer pour l'interprétation de la volonté des contractants ; & Me Charles du Molin, cet homme ſi profond, place admirablement bien ſa déciſion. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt.*

Ainſi ce n'eſt pas pour le cas où il y a, dans le lieu de la ſituation, des diſpoſitions réelles prohibitives, qu'il faut ſe déterminer pour la Loi du contrat ; mais c'eſt dans les choſes qui ſont toutes de volonté, & où la volonté peut pencher pour un parti, ou pour un autre, ſans offenſer aucune Loi. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt.*

Or, c'eſt préciſément le cas où ſe trouvent les Parties contractantes. Il n'y a pas, dans le Parlement de Toulouſe, de Loix prohibitives, de ne mettre les enfants que dans la condition d'une ſubſtitution. On peut, à Toulouſe, comme partout ailleurs, choiſir l'exiſtence des enfants pour condition, comme on choiſiroit l'arrivée d'un vaiſſeau en Aſie. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt.*

Or, ſelon Me Charles du Molin, dans ce cas, la préſomption de la volonté, & ſon interprétation, ſe prend, entre autres choſes, de la Loi du lieu où ſe paſſe le contrat : *& tunc*

inspiciuntur circumstantiæ voluntatis, quarum una est Statutum loci in quo contrahitur.

Il est vrai que cette seule circonstance n'est pas toujours décisive, selon Me Charles du Molin; c'est pourquoi dans le cas, dit-il, où un homme auroit vendu, dans un lieu, un fonds situé dans un autre, & où la mesure seroit différente, il ne veut pas que l'on se détermine tout d'un coup par la Loi du contrat, pour fixer la mesure dont le fonds vendu doit être mesuré; *unde stantibus mensuris diversis, si fundus venditur ad mensuram, non continuò debet inspici mensura quæ viget in loco contractûs, sed in dubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri, & tradi, & executio fieri.* Ces termes de Me Charles du Molin, *non continuo debet*, sont d'une énergie admirable, & marquent bien que communément, & par la force des principes généraux, on est porté d'abord, & par une pente naturelle de la pure raison, à se déterminer par la Loi du lieu du contrat, que néanmoins cette décision n'est pas vraie purement & simplement; *sed ego dico quod illa Sententia Bartoli non est simpliciter vera, sed est distinguendum*, & c'est la raison pour laquelle il dit que *non continuò debet inspici mensura quæ viget in loco contractûs.*

Cependant, & quoique la mesure, dont un héritage doit être mesuré, semble appartenir à la Loi de la situation, & dépendre de la réalité; néanmoins, parce que cette Loi réelle n'est pas prohibitive, & que les parties sont les maîtres de convenir d'une autre mesure, il décide que ce ne sera pas encore la mesure du lieu de la situation qu'il faudra employer. *Si ex aliis circumstantiis constet de qua mensura senserint, quæ quæstio*, ajoute-t-il, *magis est facti quàm Juris.*

Ainsi l'on voit que, selon Me Charles du Molin, dans les choses même réelles, on peut & on doit se régler par la Loi du contrat, selon les circonstances qui peuvent avoir déterminé la volonté, ce qu'il faut entendre dans le cas où la Loi réelle de la situation n'est pas négative prohibitive d'une certaine interprétation. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari possunt.*

On va faire, dans un instant, l'application de tous ces principes; mais il faut continuer à les développer de plus en plus.

La Loi *si fundus* a été regardée de tous nos Auteurs, comme

une Loi déciſive en faveur de la Loi du lieu du contrat ; mais Me Charles du Molin n'a pas cru qu'elle dût être toujours & indiſtinctement entendue de tout lieu où le contrat étoit paſſé, fût-il fortuit & de haſard ; & il a cru que les circonſtances devoient déterminer l'intention des parties, & qu'en tout cas, le lieu du contrat dont parloit la Loi, devoit être entendu du lieu du domicile où plus communément l'on contractoit, *& advertendum quod Doctores peſſimè intelligunt hanc Legem, quia putant ruditer & indiſtinctè quod ibi debeat inſpici locus & Conſuetudo ubi fit contractus, quod eſt falſum, quin immò Jus eſt in tacita & veriſimili mente contrahentium.... Conſuetudo loci contractûs fortuiti intelligenda non eſt, ſed domicilii, prout crebriùs uſu venit.*

Selon Me Charles du Molin, ce ſont donc les circonſtances qui accompagnent les conventions qui doivent décider de l'intention des parties, & le lieu du contrat, dont eſt parlé dans la Loi *ſi fundus*, doit s'entendre du lieu du domicile ; mais, pour bien pénétrer la déciſion de Me Charles du Molin, il faut obſerver que, quand il parle du lieu du domicile, c'eſt pour rendre, ſelon lui, le véritable eſprit de la Loi *ſi fundus*, qu'il reſtreint à un cas particulier, pendant que nos Auteurs en font une déciſion générale & indéfinie ; mais il n'entend pas réduire l'interprétation de la volonté par la Loi du contrat, qui ſoit en même-temps la Loi du domicile, puiſque ci-devant il met la Loi du lieu où l'on contracte, *ſtatutum loci in quo contrahitur*, entre les circonſtances qui ſervent à déterminer l'intention & la volonté des parties.

Mais ce qu'il eſt encore important d'obſerver, c'eſt que Me Charles du Molin, qui nous donne, comme une déciſion générale, que le lieu où l'on contracte, fait partie des circonſtances propres à déterminer la volonté des contractants, & qui veut auſſi que la Loi *ſi fundus* n'ait pas une application ſi étendue que celle que donnent nos Docteurs, & que cette Loi ſoit reſtreinte au lieu du contrat qui eſt celui du domicile des deux contractants, veut néanmoins que cette Loi, qui eſt à l'occaſion d'un fonds vendu, exclue indiſtinctement la Loi de la ſituation, comme Loi de la ſituation, *Lex ſi fundus, excludit..... locum ſitûs rei in quo contrahentes non habent domicilium ;* ce qui fait connoître que, quoiqu'il s'agiſſe de fonds, ayant aſſiette dans un lieu, ce n'eſt pas la Loi de ce lieu qui ſert toujours

pour déterminer la volonté des parties, & que cette Loi n'est pas à considérer, quand il ne s'agit que de parvenir à la connoissance de ce que les parties ont voulu.

Et afin que l'on ne croie pas que la Loi *si fundus* doive s'appliquer au cas seulement où il n'est question que d'une simple solemnité ou maniere de contracter, comme quelques autres Docteurs l'ont pensé, au moyen de quoi il ne seroit pas surprenant que cette Loi eût exclu, pour la décision, la Loi de la situation, étant de principe que ce sont les Loix du lieu où l'on contracte qu'il faut suivre en fait de solemnité, Me Charles du Molin remarque que la Loi *si fundus, respicit effectum, meritum & decisionem causæ, nec verum est quod concernat solemnitatem & modum contrahendi.* D'où il suit qu'encore qu'il s'agisse d'un fonds, qu'encore même qu'il s'agisse des vrais principes fondamentaux de décision, la Loi de la situation ne décide pas toujours de l'intention des parties, ce qui néanmoins doit être entendu, lorsque cette Loi n'est pas prohibitive de la volonté des parties.

Mais, demande Me Charles du Molin, en suivant toujours l'explication de la Loi *si fundus*, que faut-il dire si les parties contractantes ont différents domiciles? *sed quid, si sint diversi fori*, pour lors, *recurrendum ad alias circumstantias ex bono & æquo;* en sorte que s'il est prouvé que le vendeur d'un fonds a été rendu certain de la Loi où il a contracté, c'en est assez pour dire qu'il a voulu contracter selon la Loi de ce lieu-là; *satis est ut tacitè videatur actum secundùm Morem illius loci.* Il en est encore de même si le vendeur *expresse se transtulit* dans le lieu du contrat, *quia tum præsumitur inquisivisse Morem loci, per locum à communiter, accidentibus qui est validus in materia conjecturali,* & le vendeur doit s'imputer de n'avoir pas exclu la Loi du contrat, s'il ne vouloit pas y être assujetti, *& sibi debet imputare si aliam Legem non expressit*, ensorte que, faute de s'être expliqué & d'avoir adopté une autre Loi que celle du contrat, la Loi du contrat est présumée avoir été convenue & accordée par les parties, & leur contrat est affecté par la Loi qui passe en contrat, *ex tacito pacto inexistenti, vel ex contractu informato à Statuto vel Consuetudine.*

Appliquons présentement tous ces principes à l'espece où les parties se trouvent.

Le sieur Comte du R.... marie son fils & lui donne la moi-

tié de tous les biens meubles & immeubles qui lui appartenoient alors, & qui ſe trouveroient lui appartenir au jour de ſon décès, & il appoſe à ſa libéralité, la clauſe ſuivante, à condition que, ſi le futur époux décede ſans enfants mâles, nés de ce mariage, la moitié des biens à lui préſentement donnés, retournera à l'aîné de ſes freres, ou à l'aîné des enfants mâles dudit aîné, après toutes fois que les conventions de la Demoiſelle future épouſe auront été payées & acquittées, & que déduction aura été faite de la légitime des filles.

De ce mariage, il y a eu deux enfants, un fils & une fille.

Le fils prétend contre ſa ſœur qu'il eſt appellé à recueillir les biens donnés à ſon pere par ſon aïeul, parce que les biens donnés ſont ſitués à Toulouſe, & que, dans l'étendue de ce Parlement, les enfants mis dans la condition, ſont mis dans la diſpoſition.

La ſœur au contraire prétend être appellée également & conjointement, & *ab inteſtat* avec le ſieur ſon frere, parce que la clauſe, *ſi ſine liberis*, n'eſt qu'une véritable condition par le défaut de laquelle il n'y a plus eu de ſubſtitution, aux termes mêmes de la clauſe, où il n'eſt parlé du défaut d'enfants que comme d'une condition de la ſubſtitution, & que telle eſt la Juriſprudence du Parlement de Paris où le contrat de mariage a été paſſé.

Ainſi la queſtion eſt de ſavoir s'il faut ſuivre la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe où les biens ſont ſitués, ou s'il faut ſuivre la Juriſprudence du Parlement de Paris où le contrat de mariage a été paſſé.

On ne ſe propoſe pas d'examiner quelle eſt en effet la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, en ce qui regarde les enfants mis dans la condition d'une ſubſtitution.

On n'examinera pas non plus quelle eſt la Juriſprudence du Parlement de Paris ſur cette même queſtion. On ſe réfere, à cet égard, à ce qui a été dit, écrit & produit de part & d'autre.

On ne s'attachera uniquement qu'à diſcuter la queſtion, ſi l'on doit juger la ſubſtitution portée par le contrat de mariage du Comte du R.... par les principes de Toulouſe, ou par ceux du Parlement de Paris, en ſuppoſant que, ſur cette queſtion, la déciſion fût différente dans ces deux Parlements.

Il faut convenir d'abord que, quelle que soit la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, il n'y a ni Loi, ni Arrêt de Réglement à Toulouse, qui porte qu'un pere qui substituera à défaut d'enfants, ne pourra pas dire qu'il n'entend pas faire de substitution, & qu'il ne choisit l'existence d'enfants que comme une simple condition.

Ainsi si l'aïeul, en mariant son fils, soit à Paris, soit à Toulouse, avoit marqué expressément ne vouloir pas que la condition pût opérer un substitution, il n'y a pas de difficulté que la clause n'en opéreroit pas.

Mais du moment qu'il ne s'agit que de l'interprétation d'une volonté, que de savoir ce que les contractants ont exprimé par telle & telle clause, c'est un véritable point de fait qui dépend des circonstances, & le tout est de fouiller dans le cerveau de l'homme, & de pénétrer dans son idée, & dès lors il n'y a rien de réel.

Ecartons donc d'abord la Loi de la situation, comme Loi nécessaire & décisive : elle ne pourroit être tout au plus considérée que comme une circonstance ; mais circonstance à laquelle nos Auteurs ne se sont pas attachés.

En effet veut-on décider, par l'avis unanime & concordant de tous nos Auteurs, c'est la Loi du contrat qui doit l'emporter. *Debet enim semper servari Statutum loci contractûs quoad ea quæ oriuntur secundùm naturam ipsius contractûs. Alex. cons. 37. liv. 2. Si quidem Consuetudo loci influit in contractus quos & dirigit, & format.* dit Burgundus, *ad cons. Fland. tract. 2, n. 11.* C'est un astre qui répand ses influences sur les choses qui l'approchent.

Veut-on décider, par l'avis particulier de Me Charles du Molin, entre les circonstances qui doivent déterminer, il place lui-même le lieu du contrat. *Inspiciuntur circumstantiæ voluntatis, quarum una est Statutum loci in quo contrahitur.*

Pourquoi, selon Me Charles du Molin, la Loi du lieu du contrat est-elle une des circonstances propres à déterminer la volonté des contractants qui se transportent dans un lieu pour y contracter ? *Quia tunc præsumitur inquisivisse Morem loci, per locum à communiter accidentibus, qui est validus in materia conjecturali*, & que les contractants doivent s'imputer de n'avoir pas nommé toute autre Loi, selon laquelle ils vouloient être jugés, *& debent sibi imputare, si aliam Legem non expresserunt.*

Il

Il peut cependant, ſelon Me Charles du Molin, y avoir des circonſtances qui impoſeroient ſilence à la Loi du contrat pour laiſſer parler une autre Loi; mais ici toutes les circonſtances ſe réuniſſent à celles du lieu du contrat.

Premiérement, ce n'eſt pas par hazard que les parties ont contracté à Paris : la future y étoit domiciliée de droit, le futur y étoit domicilié de fait, depuis long-temps, & le donateur y eſt venu exprès par Procureur, pour y paſſer le contrat de mariage dont eſt queſtion.

On dit que le donateur y eſt venu exprès par Procureur, & cette expreſſion ne doit pas paroître étrange. La maxime de Loyſel eſt que *aſſez fait qui fait faire.* Ainſi nous pouvons raiſonnablement conſidérer le ſieur du R... donateur, comme étant venu exprès à Paris, ſur-tout ayant donné une procuration *cum libera* à l'Evêque de... cette procuration générale & indéfinie eſt donc ici d'un grand poids; car c'eſt comme ſi le pere donateur avoit dit, allez pour moi à Paris, je me repoſe ſur votre ſageſſe & votre diſcrétion, je veux tout ce que vous voudrez, voyez & conſultez ce qu'il peut y avoir à faire de plus convenable.

Or, un Sage, fondé de procuration, mais qui n'eſt pas préſumé poſſéder les Coutumes & les différentes Juriſprudences, s'adreſſe aux gens expérimentés, prend conſeil & ſe fait inſtruire : nous retombons dans la déciſion de Me Charles du Molin. Celui qui vient exprès dans un lieu, *præſumitur inquiſiviſſe morem loci per locum à communiter accidentibus.* Un homme prudent n'en uſe jamais autrement, & c'eſt un argument puiſſant dans une matiere conjecturale; *validus in materiâ conjecturali.*

En effet, repréſentons-nous une famille aſſemblée pour délibérer ſur les conventions les plus convenables d'un mariage, celles les plus propres à concilier les intérêts des parties, & à établir une alliance dont le repos ne puiſſe pas être troublé par la ſuite. Ces parents aſſemblés, appellent des conſeils, ils appellent un Notaire; on propoſe, on arrête, on rédige.

Si ces conſeils ne ſont qu'imparfaitement inſtruits, il eſt certain qu'ils ne parleront que le langage de leur lieu, qu'ils n'inſpireront aux parties, que ce qu'ils ſavent eux-mêmes; & dès-lors il ne ſera pas poſſible que la volonté des parties ſe

porte vers des Loix dont elles n'ont point été instruites, & elle se bornera aux Loix du lieu même : *& tunc præsumitur inquisivisse morem loci à communiter accidentibus.*

Que si ces conseils sont habiles, ils s'informeront de la différente situation des biens, ils seront instruits de la différence des Jurisprudences ; & s'ils ne préviennent pas la difficulté, & ne la levent pas, on sera bien fondé à opposer, à la partie, *quod sibi debet imputare, si aliam Legem non expressit.* On lui dira très-sensément qu'il a pensé en Parisien, puisqu'il n'a pas marqué qu'il pensoit en Toulousain ; & ce raisonnement a d'autant plus de force, que la donation est de la moitié des biens du donateur, qui pouvoit en avoir en différents endroits, où la Jurisprudence ne seroit pas la même.

Mais à ces circonstances si décisives, si on ajoute que les conjoints ont adopté la disposition de la Coutume de Paris pour la regle de leurs conventions matrimoniales, cette soumission ne laisse pas que d'avoir son poids.

En effet, on ne peut pas dire que la donation faite par le pere à son fils, ne soit pas une convention matrimoniale ; c'en est une principale, puisque c'est celle qui devoit pourvoir à soutenir les charges du mariage, & le lustre de deux grandes maisons.

Or les conjoints s'étant soumis à la disposition de la Coutume de Paris, pour toutes leurs conventions, c'est cette Coutume qui doit nécessairement les régler.

Dira-t-on que cela est vrai entre les conjoints, & respectivement entre eux, & non par rapport aux autres, qui peuvent être parties dans le même contrat ?

On répondra que la droite raison veut que tous ceux qui sont parties dans un contrat de mariage, qui y parlent & qui y stipulent, se réunissent tous dans un même esprit, envisagent les mêmes Loix, y parlent le même langage ; & il est contre la droite raison, que chaque personne qui parle dans un contrat, puisse dire, après la perfection du contrat, & 30 années après, qu'il a entendu être régi par une autre Loi, que par celle à laquelle on s'est soumis par le contrat même : le donateur, en donnant, auroit eu la volonté d'adopter les Loix de Toulouse, & le donataire, en recevant, auroit eu la volonté d'adopter les Loix de Paris. Cela blesse le bon sens, la

Juſtice & la maniere ordinaire de contracter, les parties contractantes étant préſumées porter leurs volontés vers les mêmes Loix, *per locum à communiter accidentibus.*

Ainſi le fils, donataire, ayant voulu être réglé par la Coutume de Paris, l'ayant dit expreſſément, le pere, donateur, eſt préſumé avoir adopté la même Coutume, puiſqu'il n'en a pas invoqué une autre.

La Coutume de Paris n'eſt pas tant même une Coutume adoptée, que la Coutume naturelle des principales parties contractantes, puiſque les deux futurs avoient fixé leur demeure à Paris.

Car c'eſt encore une circonſtance qui influe ſur l'interprétation de leur volonté. La future y avoit ſon domicile naturel & d'origine, & n'en a jamais eu d'autre. Le futur y avoit ſon domicile de fait au jour de ſon mariage; & en accordant qu'avant ſon mariage, ſon domicile de droit fut en Languedoc, il eſt certain qu'au moment de ſon mariage, & de l'émancipation que ſon pere lui accordoit, il a eu la liberté de prendre pour domicile de droit, celui qu'il avoit déja pour domicile de fait; ce qu'il a réellement fait, puiſque ſa femme y a toujours demeuré, & qu'il y a établi le ſiege de ſa fortune.

Ainſi, en accordant que le pere, donateur, eût eu ſon domicile en Languedoc, il n'a pas pu ignorer que le fils à ſon égard, établiſſoit le ſien à Paris; & le voyant ſe ſoumettre à cette Coutume, il a dû naturellement ſe réſerver celle de ſon propre domicile, autrement il eſt préſumé avoir concouru, avec les conjoints, à adopter celle de Paris.

Enfin, ce ſeroit encore une circonſtance très-excellente à relever, ſi le ſieur du R..... donateur, avoit été lui-même domicilié à Paris, comme on en a quelque ſoupçon: car, en ce cas, toutes les parties demeurant à Paris, la Loi *ſi fundus* auroit une application toute entiere, dans le ſyſtême même de Me Ch. du Molin, qui veut que cette Loi doive s'entendre de ceux qui contractent *in loco ſui domicilii.*

A tous ces principes, on en ajoutera encore un autre, qui eſt, que la clauſe *ſi ſine liberis*, peut être regardée comme un mode & une maniere de ſubſtituer. A Paris, ce mode & cette maniere de faire une ſubſtitution, n'eſt regardée que comme une forme propre à faire une ſubſtitution purement conditionnelle.

Or, c'est un autre principe, que la forme & la maniere de contracter se prennent de la Loi où se passe l'acte, & tous nos Auteurs concourent dans cette décision.

Enfin, il n'est pas indifférent de rapporter la Loi 34, *de reg. Jur.* Dans les contrats, il faut d'abord observer ce qui est clairement & distinctement écrit : *semper in stipulationibus, & in cæteris contractibus, id sequimur quod actum est.*

Or, à ne prendre que les termes de la clause, les parties n'ont voulu faire qu'une substitution conditionnelle, le terme de condition y est précisément marqué, à condition que, &c. Si ces termes pouvoient souffrir quelque équivoque, il faudroit, en ce cas, recourir à l'usage & à la Jurisprudence observée dans le lieu du contrat, & qui fixe la valeur des termes : *aut si non appareat quid actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in quâ actum est frequentatur.* Voilà encore la Loi du lieu du contrat qu'il faut consulter, & cette Loi est, pour réputer la clause, une simple condition; & enfin quand la Jurisprudence du lieu & l'usage sont incertains, la regle est qu'il faut suivre ce qui est moins onéreux, *id quod minimum est.*

Or, suivant cette regle, il faudroit nécessairement décider contre la substitution graduelle & perpétuelle, parce qu'il est moins onéreux au donataire de n'être grevé que sous une condition, que d'être grevé graduellement & perpétuellement; & tel est l'esprit des Loix, qui penchent toujours pour la libération.

Examinons présentement, quels sont les moyens que le sieur Comte du R..... propose pour établir le systême contraire.

Il prétend que la volonté de l'homme pouvant être interprétée diversement dans une infinité d'occasions, c'est toujours la Loi du pays où les biens sont situés, qui fait cette interprétation; & qu'en quelque pays que l'homme ait parlé, si la Loi du pays où les biens sont situés, a prévu le cas, & a déterminé le sens de la clause, ou de l'expression, c'est à cette Loi qu'il faut s'en tenir, sans s'informer si dans d'autres pays la même expression recevroit un sens différent.

Si ce systême est vrai, la contestation est décidée. M. du R..... a raison. On est cependant en droit de demander à M. du R..... quelles sont les autorités sur lesquelles il prétend

appuyer des déciſions ſi déciſives, ſi générales, ſi uniformes & ſi univerſelles.

Tous nos Auteurs diſtinguent fort entre les diſpoſitions de l'homme & les diſpoſitions de la Loi; au cas de la Loi, elle ſeule agit, elle fait ce qu'elle ordonne, & elle n'a pas beſoin du miniſtere de l'homme, & pour lors, l'homme tient véritablement de la Loi : au ſecond cas, c'eſt l'homme qui agit, & la loi ne fait qu'autoriſer & approuver ; &, en ce cas, l'homme tient de l'homme, ſous l'autorité néanmoins de la Loi.

Quand la Loi donne & agit de ſon autorité, il faut diſtinguer ſi elle agit, en appoſant des défenſes à l'homme de rien faire au contraire, ou ſi elle agit en laiſſant à l'homme la liberté de diſpoſer autrement.

Au premier cas, c'eſt-à-dire, au cas d'une Loi négative prohibitive, l'homme ne ſauroit, par ſa diſpoſition, déranger la Loi, & en empêcher l'exécution. *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus ſubſecutum qui contrahunt, Lege contrahere prohibente.... ut ea quæ fieri Lege prohibentur, ſi fuerint facta, non ſolùm inutilia, ſed pro infectis etiam habeantur. L. 5, Cod. de Legibus.*

Mais quand la Loi diſpoſe en laiſſant à l'homme la liberté de diſpoſer autrement, pour lors il eſt entierement le maître. La Loi n'eſt occupée qu'à connoître ſa volonté ; & c'eſt de-là que nous vient cette maxime, *diſpoſitio hominis facit ceſſare diſpoſitionem Legis.*

Ainſi, pour que M. du R..... puiſſe tirer quelqu'utilité de ſa Loi, il faut qu'il faſſe voir que, dans le Parlement de Toulouſe, il y a une Loi prohibitive, de mettre, en faiſant une ſubſtitution, les enfants dans la ſeule condition : car, s'il n'y a pas de Loi prohibitive, nous retombons dans la queſtion de ſavoir, quelle a été la volonté de celui qui a fait une pareille ſubſtitution ; & ſi la formule, *ſi ſine liberis*, étant entendue diverſement, on doit préſumer, dans le pere donateur, une volonté d'être plutôt jugé par la Loi de Toulouſe, que par celle de Paris, & dès-lors la Loi 130, *de verb. ſignif.* citée par M. du R.... n'a plus d'application, & on lui oppoſe la Loi 34, ff. *de reg. Jur.* dans la recherche de la volonté. *Si non appareat quod actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in*

regione in qua actum est frequentatur, sinon il faut suivre *quod minimum est.*

Ainsi, écartons absolument la Loi de la situation, du moins en tant que l'on voudroit en faire une Loi nécessaire & décisive dans la contestation; on ne pourroit tout au plus la regarder que comme une circonstance qui faciliteroit le moyen de trouver la volonté; mais si l'on se jette du côté des circonstances, comme celle-ci seule n'est pas décisive, & n'est pas toujours, selon tous nos Auteurs, à considérer, que Me Charles du Molin n'a pas cru lui-même qu'elle fît une décision nécessaire; nous rencontrons une foule de circonstances qui, toutes réunies, s'élevent contre l'interprétation de Toulouse, & donnent la préférence à celle de Paris.

M. du R.... cite différentes especes, où il prétend qu'il faut suivre la Loi de la situation, & c'est présentement à quoi il faut répondre.

» Le Parlement de Toulouse, dit-il, a toujours jugé que » lorsqu'une substitution est faite en ligne directe, si le subs- » titué meurt avant l'héritier grevé, il transmet l'espérance » de la substitution à ses descendants. « Cette décision n'est fondée que sur l'interprétation de la volonté de l'homme; car on présume, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, qu'un pere qui fait une telle disposition en faveur de ses enfants, a voulu, pour la conservation de sa famille, que si celui qui est appellé nommément, décede avant l'échéance de la substitution, il en transmette l'espérance à ses descendants. On juge le contraire dans plusieurs autres pays.

Or, si le testateur, ou le donateur, étoit domicilié hors le ressort du Parlement de Toulouse, ou qu'il fît son testament dans un autre pays, diroit-on que la Loi n'est pas réelle, sous prétexte qu'elle ne regarde que l'interprétation de la volonté de l'homme?

On peut répondre à ce raisonnement, qu'il ne faut pas confondre la disposition testamentaire, avec la disposition entre vifs. Dans la disposition testamentaire, le testateur parle seul, il ne contracte avec personne; & il est assez naturel de présumer qu'en disposant, il a voulu s'accommoder aux Loix de la situation, dès qu'il n'a pas marqué plus expressément ses intentions; & cela est même de la regle, parce que, dans les testaments, on ne peut pas empêcher que les Loix ne soient

exécutées ; & ſi ces Loix ne ſont pas prohibitives, il faut du moins qu'il paroiſſe, par le teſtament, une volonté bien marquée du contraire.

Mais dans une diſpoſition entre vifs, & qui intéreſſe pluſieurs perſonnes qui contractent toutes enſemble, il faut qu'elles ſe réuniſſent dans une même volonté.

Or, le point eſt de voir de quelle Loi la volonté prendra ſon interprétation, & ſi les circonſtances décident pour une Loi plutôt que pour une autre, pour celle du contrat plutôt que pour celle de la ſituation. C'eſt à cette Loi, comme Loi de choix & de volonté, qu'il faut déférer du moment que la Loi de la ſituation n'eſt fondée que ſur la volonté, & n'eſt pas prohibitive de telle & de telle volonté.

M. du R . . . oppoſe un ſecond exemple. Le Parlement de Toulouſe a toujours jugé que la quarte trébellianique ne peut être prohibée aux enfants & deſcendants qu'en termes exprès, & qu'il n'y a pas de termes que l'on puiſſe, en pareil cas, regarder comme équipolents : dans pluſieurs autres pays, on juge le contraire ; c'eſt encore une queſtion de volonté.

Or, dira-t-on, en pareil cas, qu'il faut examiner, ſoit la Loi, ſoit l'uſage de Paris où le teſtateur avoit ſon domicile ; ſoit la Loi du pays où il a fait ſon teſtament.

M. du R . . . place toujours ſes arguments dans le cas d'un teſtament : nous venons d'y répondre ; nous ajouterons que, dans cette eſpece, nous adoptons volontiers la négative ; mais de-là il ne s'enſuit rien qui puiſſe fonder le ſyſtême de M. du R . . . En effet la Loi de Toulouſe, comme celle de tous les pays de droit écrit, donne aux enfants la quarte trébellianique, comme une portion des biens du pere que les enfants ont droit de retenir, lorſqu'ils ſont grevés de ſubſtitution. Ainſi voilà une Loi qui diſpoſe *primariò & directè* des biens, qui veut que les enfants puiſſent en retenir une partie. C'eſt une eſpece de double légitime qu'elle leur accorde, & il n'y a rien de plus réel que cette diſpoſition.

A l'occaſion de cette diſpoſition pure réelle, le Parlement de Toulouſe a adopté une Juriſprudence prohibitive : elle ne veut pas que la quarte trébellianique puiſſe être prohibée qu'en termes exprès ; il faut obéir à cette Juriſprudence, parce qu'elle fait Loi aux biens, & qu'elle eſt prohibitive.

Mais il n'en eſt pas de même d'une ſubſtitution faite *ſi ſine*

liberis. Le Parlement de Toulouſe n'a pas défendu de ne mettre les enfants que dans la condition : ainſi quand le teſtateur ou le donateur a voulu qu'ils ne fuſſent que dans la condition, ſa volonté doit être exécutée. Or, quand un homme ſubſtitue ailleurs que dans le Toulouſain, le Parlement de Toulouſe eſt obligé de chercher qu'elle peut être cette volonté; parce que la Juriſprudence de Toulouſe admettant une volonté qui peut vouloir l'un, & peut vouloir l'autre, il eſt juſte qu'elle recourre à ce qui en eſt effectivement, quand les circonſtances ſont telles qu'elles font préſumer une volonté plutôt qu'une autre.

On l'a dit ci-deſſus; le point déciſif en cette matiere eſt de diſtinguer les Coutumes prohibitives d'avec les autres.

Dans les premieres, l'homme a une incapacité réelle pour certaines choſes; mais, dans les autres, ſa volonté eſt libre, il peut vouloir ou ne vouloir pas, vouloir d'une maniere, ou vouloir d'une autre; & par conſéquent il faut chercher ſa volonté dans les circonſtances, s'agiſſant d'une matiere conjecturale.

M. du R... allegue une troiſieme eſpece. On a toujours jugé, dans le reſſort du même Parlement, que quand un pere eſt chargé de rendre en général à ſes enfants, il peut en choiſir un, au préjudice des autres. Dans d'autres pays, on diſpute ſur cette queſtion. C'eſt encore une queſtion de volonté; car le teſtateur pouvoit permettre de choiſir ou de ne point choiſir, de choiſir l'un plutôt que l'autre; & le Parlement de Toulouſe préſume que, dans ſa diſpoſition, il a voulu accorder cette permiſſion. Or, quand les biens ſont ſitués dans le reſſort du Parlement, dira-t-on qu'il faut examiner ſi cette préſomption eſt admiſe dans le pays où la diſpoſition a été faite?

M. du R... pour décider un procès, en propoſe pluſieurs autres à décider; mais enfin, ſur cette troiſieme eſpece, le Conſeil ſouſſigné eſtime que les principes n'exigeroient pas de ſuivre néceſſairement l'uſage & la Juriſprudence de la ſituation, s'il eſt vrai que, ſur cette queſtion, la Juriſprudence différente exiſte, & ne ſoit fondée que ſur l'interprétation de la volonté, parce que, dès qu'il s'agira d'interprétation de la volonté, c'eſt une matiere conjecturale qui eſt toute dans les circonſtances, & il pourroit y avoir tant de circonſtances réunies pour la Loi

du

du contrat, ou pour la Loi du domicile, qu'il ne ſeroit pas poſſible d'en ſuivre d'autres.

D'ailleurs il eſt important de ſavoir comment le Statut ſeroit conçu; car dans les pays où il eſt décidé que le pere grevé de rendre à ſes enfants, ne peut en choiſir un d'entr'eux, la Loi eſt prohibitive; c'eſt une incapacité particuliere & réelle que la Loi prononce au ſujet des biens.

Au contraire, ſi le Statut n'eſt pas prohibitif, en ce cas, nous retombons dans les principes généraux qui en remettent la déciſion aux circonſtances, du nombre deſquelles eſt le lieu du contrat.

Ainſi, dans l'eſpece oppoſée par M. du R... il faut conſidérer ſi le pere étant chargé de rendre à ſes enfants, la Loi de la ſituation lui permet de choiſir, ou le lui défend. Dans ce dernier cas, c'eſt un Statut prohibitif qui affecte la choſe. Au premier cas, c'eſt une permiſſion, & les Juges, par rapport à des perſonnes qui ſont domiciliées ailleurs, ou qui diſpoſent ailleurs, ſont obligées d'entrer dans l'examen, ſi telle eſt leur volonté; ce qui s'eſtime par les circonſtances.

Cette déciſion eſt plus indiſpenſable dans les contrats, parce qu'il faut pénétrer les intentions des parties, & les réduire à un point de concordance; ce qui dépend encore entiérement des circonſtances.

L'Edit des Archiducs Albert & Iſabelle qui a décidé que les enfants qui ſont dans la condition, ſont dans la diſpoſition, forme, dans la conteſtation, une pétition de principe; car il eſt toujours queſtion de ſavoir ſi cette diſpoſition des Archiducs auroit lieu, par rapport à des domiciliés ailleurs, & l'on eſtime que cet Edit n'étant fait que pour fixer les doutes réſultants de la volonté, ſans prohiber à ceux du lieu même de marquer qu'ils n'entendent faire qu'une condition; cette Loi ne peut être regardée que comme fixant la valeur des termes. Fixation qui fait Loi pour ceux qui ſont domiciliés ſous la Loi, & qui y diſpoſent; mais qui ne ſauroit empêcher que des non domiciliés, ou qui contractent ailleurs, n'emploient ces termes dans la ſignification qu'ils ont dans le domicile, ou dans le lieu du contrat, parce que chacun eſt préſumé employer les termes dans la ſignification qu'ils ont parmi ceux où ils ſont actuellement, puiſque c'eſt des Officiers du lieu qu'ils en reçoivent l'interprétation. D'ailleurs, c'eſt ici une formule

qui ne peut être entendue que comme on l'entend dans le lieu ; & par conſéquent la volonté des parties étant connue, il n'eſt pas poſſible qu'elle n'ait pas lieu dans la Coutume de la ſituation qui n'eſt pas prohibitive.

L'argument tiré de la légitime eſt très-foible, parce que des parties qui parlent de légitime en général, ſans la déterminer, ont dans l'intention de ſe référer aux Loix de la ſituation : la raiſon en eſt que les droits de légitime ſont des droits réels, & celui qui parle en général de légitime, a en vue celle de chaque Coutume de la ſituation, parce que, dans ce cas, il ne diſpoſe pas & s'abandonne aux différentes Loix de la ſituation.

Mais un homme qui fait une ſubſtitution, diſpoſe, & c'eſt le cas de diſcuter quelle eſt ſa volonté, & de chercher à la connoître, & cette volonté doit être modelée par les principes qui ont été expliqués ci-devant.

Madame de L... a employé, entre différents moyens, celui-ci qui eſt que le contrat de mariage a été paſſé ſous le ſceau du Châtelet qui eſt attributif de Juriſdiction, & que celui qui ſe ſoumet à un Tribunal pour l'exécution d'un acte, doit préſumer que le juge auquel il ſe ſoumet, entendra l'acte, comme il l'entendroit dans toutes les autres affaires, & qu'il lui donnera l'effet qu'il lui donne ordinairement dans ſa Juriſdiction.

M. du R... répond qu'il s'enſuivroit de-là que tous les procès dépendroient de ſavoir en quelle Juriſdiction la conteſtation ſera portée, ſans avoir égard à la ſituation des biens, ni au domicile des parties; mais M. du R... n'a pas bien pris ſa penſée. On ne prétend pas que la ſituation, ni le domicile des parties ne puiſſent être, en aucun cas, des raiſons de décider, dès que la cauſe ſera portée dans un autre Tribunal ; ce ſeroit heurter les principes les plus connus en cette matiere, & une diſpoſition préciſe écrite dans l'Ordonnance des Evocations.

Mais le moyen de Madame de L... eſt que, s'agiſſant ici d'un contrat paſſé ſous le ſceau du Châtelet attributif de Juriſdiction, les parties ayant ſu par conſéquent que leurs conteſtations, s'il en ſurvenoit, ſeroient portées au Châtelet, & ne s'agiſſant au fond que de l'interprétation d'un contrat, il eſt contre la droite raiſon de dire que, dans une matiere pure conjecturale, qui ne dépend pas de la réalité, puiſqu'il n'eſt queſtion que de ſavoir ſi le donateur a voulu une ſubſtitution graduelle ou pure conditionelle, les parties aient voulu aſſer-

vir l'interprétation du Juge à des Loix étrangeres, & qui ne ſont pas en uſage dans l'étendue de la Juriſdiction ; &, en combinant toutes les raiſons alléguées ci-deſſus, on croit être parvenu en faveur de Madame de L... juſqu'à l'évidence & la conviction.

Délibéré à Paris les 10, 11, 12, 13 & 14 Août 1734.

Cette grande queſtion a été depuis jugée par Sentence des Requêtes du Palais, du 21 Août 1734, en faveur de Madame de L....

Mais y ayant eu appel, & l'affaire ayant été diſtribuée en la ſeconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Montholon, la Sentence fut infirmée, & on décida en faveur du Marquis du R... contre Madame de L....

Sur l'appel, j'ai reconnu par les Mémoires des parties que, ſans abandonner leur ſyſtême ſur la queſtion générale que nous venons de traiter, & que chacune d'elles a ſoutenu lui être favorable, M. le Marquis du R... a frappé vivement, 1°. ſur ce que la ſubſtitution étoit faite, *ſi ſine liberis maſculis ;* 2°. ſur ce qu'elle étoit faite par un pere d'une ancienne Nobleſſe très-diſtinguée ; 3°. ſur ce que l'uſage de la maiſon étoit de faire pareilles ſubſtitutions ; il a ramaſſé toutes ſes forces pour montrer que c'étoit le cas de juger la ſubſtitution graduelle.

Je ne ſaurois donc aſſurer que, par l'Arrêt dont je vais parler, qui a infirmé cette Sentence, la Cour ait jugé la queſtion générale, & ait voulu terminer le combat d'entre la Juriſprudence du Parlement de Paris, & celle du Parlement de Toulouſe, dans le cas d'une ſubſtitution faite *ſi ſine liberis* purement & ſimplement, &, ſelon moi, les moyens que l'on alléguoit pour la theſe particuliere, étoient déciſifs, & ſoit à Paris, ſoit à Toulouſe la ſubſtitution devoit être jugée graduelle.

Mais, à l'égard des moyens propoſés pour faire rejetter dans la theſe générale la Loi du contrat, & pour faire accorder la préférence à la Loi de la ſituation, ils pouvoient, ſelon moi, ſouffrir des réponſes très-ſolides. Voici quels furent ces moyens.

On obſervoit d'abord que, ſelon Me Charles du Molin, le contrat de mariage eſt toujours cenſé paſſé au lieu du domicile du mari. *Hinc infertur ad quæſtionem quotidianam de contractu dotis, & matrimonii, qui cenſetur fieri non in loco contractûs, ſed in loco domicilii viri.* Et on prétendoit que le domicile du fils étoit à Toulouſe, ſon pere y demeuroit, il étoit ſous la

puiſſance paternelle, n'ayant été émancipé que par le mariage, & il lui avoit été accordé la ſurvivance d'une charge militaire à exercer en Languedoc : cependant on ne nioit pas que, dans le fait, le fils étoit demeurant à Paris, il y avoit pluſieurs années, qu'il étoit dans l'intention d'y fixer ſon domicile avec ſa femme qui y étoit déja domiciliée, & qu'il l'y avoit effectivement fixé, y étant reſté encore pluſieurs années ; il lui étoit libre de ſe choiſir un domicile, puiſqu'il étoit émancipé par ſon contrat de mariage. On ne peut donc pas révoquer en doute que le domicile du mariage fût à Paris.

On obſervoit, en ſecond lieu, qu'en ſuppoſant le domicile à Paris, la déciſion de Me Charles du Molin, qui déféroit à la Loi du domicile les droits des parties, n'avoit lieu que par rapport aux droits perſonnels des mariés & autres qui ont parlé dans le contrat de mariage, & que, lorſqu'il s'agit de choſes réelles, il falloit ſuivre la Loi de la ſituation.

Pour le ſoutien de cette propoſition, on diſoit que Me Ch. du Molin décide, à la vérité, que le mari gagne la dot de ſa femme mobiliaire ou immobiliaire, en lui ſurvivant, & cela pour la portion preſcrite par la Loi du domicile du mari ; mais que Me Charles du Molin ne le décide ainſi que parce qu'il admet un pacte tacite entre les parties, *in vim taciti pacti ad formam Statuti ;* & il dit que ce mari doit obtenir le gain de ſurvie, tant contre ſa femme & ſes héritiers, que contre le pere & la mere de ſa femme.

Or, ajoutoit-on, dès que Me Charles du Molin admet un pacte tacite, il reconnoît dès-lors que le Statut, qui fait gagner au mari la dot de ſa femme, eſt perſonnel, & que c'eſt plutôt une convention tacite qu'un Statut ; mais, dans l'eſpece de la conteſtation, on ne pouvoit pas imaginer une ſoumiſſion tacite à la Coutume de Paris.

De plus, la déciſion de Me Charles du Molin ne regarde que le mari vis-à-vis des héritiers ou des pere & mere de ſa femme, ce qui n'a pas ici d'application. Notre eſpece eſt d'un pere qui dote ſon fils, & qui, du fond du Languedoc, fait entendre ſa voix à Paris, par le miniſtere d'un Procureur. Il s'agit d'interpréter ſa volonté rélativement aux biens mêmes dont il diſpoſe, & qui ſont auſſi ſitués en Languedoc.

Mais ne répondroit-on pas efficacement à tous ces moyens, en obſervant que ſi Me Charles du Molin parlant des gains

de ſurvie, ne les regarde que comme des droits perſonnels fondés ſur la convention tacite qu'il faut régler par les Loix du domicile du mari; & s'il eſt vrai encore que ces droits, quoique perſonnels, s'étendent, comme il le dit lui-même, *ad bona immobilia dotis, etiam ſita extra fines & territorium*, il faut, ſelon Me Charles du Molin, en dire, à plus forte raiſon, de même d'une convention ſujette à interprétation, & avouer que cette interprétation qui ſe prend de la vraiſemblance & de la préſomption, ainſi que la convention tacite, n'eſt pas toujours dépendante de la ſituation des biens, & peut ſe prendre *ex loco contractûs, vel domicilii mariti*, ſelon les circonſtances.

C'eſt un pere, ajoute-t-on, qui, du fond du Languedoc, fait entendre ſa voix à Paris par le miniſtere d'un Procureur; mais ce pere ne parle pas tout ſeul comme dans un teſtament. Il parle vis-à-vis ſon fils & vis-à-vis ſa bru; il contracte avec eux, il ſe forme un engagement réciproque; ce pere donne ſous des conditions, le fils reçoit ſous ces conditions; mais ces conditions doivent être entendues des parties dans un ſens uniforme. C'eſt l'uniformité du ſens qui forme le contrat: or, ce pere qui parle à Paris, qui parle à un fils demeurant à Paris depuis long-temps, & qui a un deſſein formé d'y établir un domicile fixe & permanent, qui parle à une bru qui y eſt domiciliée, & dont l'intention eſt de concert avec ſon futur, d'y continuer ſon domicile, un pere qui rédige ſes conventions par le miniſtere d'Officiers inſtruits de la Juriſprudence de Paris, qui ne parle que le langage de Paris, & celui des Officiers qu'il emploie, n'eſt pas préſumé avoir porté ſes idées vers une Juriſprudence particuliere du lieu de la ſituation que peut-être il ignore lui-même, & qu'il auroit inconteſtablement expliquée dans le contrat, s'il étoit poſſible de préſumer qu'il l'eût eu dans la penſée; qui l'empêchoit en effet d'ajouter ces termes: » voulant que ladite ſubſtitution ait » lieu conformément à la Juriſprudence du Parlement de Tou- »louſe? « S'il ne l'a pas dit, la préſomption eſt qu'il n'a pas connu la différence des deux Juriſprudences; mais la préſomption naturelle eſt en même-temps qu'il a été inſtruit & informé de celle du lieu où il contractoit, & de la Juriſdiction à laquelle il ſe ſoumettoit.

Car, il ne faut pas s'y tromper, ce n'eſt pas ici un pere

qui envoie une procuration détaillée, & qui fixe lui-même les conventions ; c'est un pere qui envoie une procuration *cum libera & omnimoda potestate ;* le Procureur choisi est entiérement le maître des conventions, & c'est à Paris que le tout se passe.

On opposoit encore qu'il s'agit ici d'une substitution contractuelle qui a trait à la mort ; que la Dame de L... convient dans ses écritures, que pour expliquer les dispositions de derniere volonté, il faut avoir égard à la Loi du domicile de celui qui les a faites. Or, cette maxime, disoit-on, devoit être commune aux dispositions de derniere volonté, faites par quelque acte que ce soit, révocable, tel qu'un testament, ou irrévocable, tel qu'est un contrat de mariage, & qu'il est impossible de trouver, entre ces deux actes, d'autre différence que l'irrévocabilité & la forme extérieure.

Mais en accordant que la Dame de L.... ait avancé la proposition que l'on vient d'exposer, ne pourroit-on pas répondre que la différence est toute sensible entre un testament & un contrat de mariage, quant à l'objet de la contestation ? Dans un testament, le testateur parle seul, & on présume assez volontiers qu'il connoît mieux les Loix de son domicile, que toutes les autres ; mais dans un contrat de mariage, on n'écrit qu'après que les parties sont convenues : il faut qu'elles s'entendent l'une & l'autre. On présume donc qu'elles se sont expliquées, mais comment ? Voilà le point. En s'expliquant, les parties ont été incontestablement instruites de la Jurisprudence du lieu où elles contractoient, & l'on ne voit pas, dans l'espece, qu'elles l'aient été de la Loi de la situation, parce que dans le combat des deux Jurisprudences, on ne présumera jamais qu'on ne l'eût pas fait cesser par une clause précise.

La Loi du domicile du testateur, disoit-on encore, regle, à la vérité, sa capacité, ou incapacité personnelle ; mais le Statut qui transmet aux enfants, mis dans la condition d'un fidei-commis, les biens substitués, est un Statut réel, qui affecte directement les biens.

A quoi l'on pouvoit répondre, que le Statut qui dispose des acquêts dans une succession *ab intestat*, est un Statut réel qui dirige les biens ; mais si le testateur en disposoit d'une maniere qui fût susceptible d'interprétation, il faudroit examiner deux choses.

La premiere, ſi la Loi veut quelque choſe, avec faculté néanmoins à l'homme de vouloir autrement ; la ſeconde, ce que le teſtateur a préſomptivement voulu : que ſi quelque choſe qu'il ait voulu, il ne pouvoit heurter une Loi prohibitive, il faut pour lors ſe renfermer à diſcuter uniquement quelle a pu être ſa volonté.

Or, la Juriſprudence de Toulouſe eſt, à la vérité, une eſpece de Statut réel ; mais qui n'eſt pas prohibitif de la volonté de l'homme. Si l'homme a diſpoſé, il faut conſulter ſa volonté, & nous retombons toujours dans l'interprétation de la volonté.

On citoit de la part de M. le Comte du R.... l'Arrêt rendu en 1728, au rapport de M. l'Abbé Pucelle, ce grand Magiſtrat, que nous avons perdu à l'âge d'environ quatre-vingt-dix ans, & que le public a regretté, comme étant mort encore trop tôt. Cet Arrêt, rendu au profit de Madame la Ducheſſe d'Harcourt, a jugé la tranſmiſſion d'un fidei-commis, conformément à la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe ; mais cet exemple ne concluoit rien pour notre queſtion : le domicile du teſtateur, & les choſes ſubſtituées, étoient à Toulouſe, le teſtament y avoit été fait, & tout ſe réuniſſoit pour la Loi de la ſituation ; il n'étoit pas queſtion d'un contrat, ce n'étoit que par occaſion de procédure que l'affaire avoit été portée au Châtelet de Paris, renvoyée aux Requêtes du Palais, &, par appel, en la Grand'Chambre. Eh ! où étoit la difficulté dans cette eſpece ?

Mais dans la queſtion que nous agitons, c'eſt un contrat paſſé à Paris, par un pere qui y envoie ſa procuration pour y paſſer ce contrat, qui ne preſcrit rien, & donne un pouvoir général. Ce contrat eſt avec un fils domicilié de fait à Paris, & qui étoit déterminé à y fixer ſon domicile ; il eſt paſſé avec une bru auſſi domiciliée à Paris ; ce ſont des Officiers de Paris qui en rédigent la clauſe ; tout concouroit pour la Juriſprudence de Paris, parce qu'il s'agiſſoit d'interpréter la volonté d'un donateur, qui ne paroiſſoit pas avoir voulu que l'on donnât à la clauſe d'autre force & d'autre ſignification, que celle qu'elle portoit dans le lieu même du contrat.

On oppoſoit encore que quand il y a une Loi préciſe qui détermine le ſens de certaines clauſes, on ne diſpute plus ſur la préſomption. Ainſi le droit Romain a décidé que lorſqu'un

testateur institue son fils héritier, & qu'il le charge de substitution, il faut toujours sous-entendre la clause, *si sine liberis:* avant la Loi, c'étoit une question de volonté; depuis la Loi, ce n'en est plus une.

Avant la Loi, poursuit-on, c'étoit une question de volonté, que de savoir si les donataires étoient révoqués par la Sentence, ce n'en est plus une.

Avant l'*art.* 18 de l'Edit perpétuel des Archiducs Albert & Isabelle, fait pour les Provinces qui étoient alors sous leur domination, c'étoit une question de volonté, que de savoir si les enfants, mis dans la condition d'une substitution, étoient dans la disposition; mais depuis l'Edit, il ne faut plus discourir sur des présomptions.

Tous ces raisonnemenrs portent à faux: on ne dispute plus effectivement de la volonté, lorsqu'il y a une Loi précise qui détermine cette volonté, & que cette Loi est universelle, & pour tout pays, ou quand étant établie dans un endroit, elle est si juste & si sage, qu'il y a lieu de l'admettre ailleurs, où il n'y a pas de Loi déterminée: car pour lors on suppose que la volonté de l'homme a été de vouloir ce qui étoit de plus sage & de plus conforme à l'équité & au vouloir ordinaire des hommes.

Mais quand une Loi est purement arbitraire, qu'elle est dans un lieu différente de celle qui se pratique dans un autre, & que cette Loi n'est pas prohibitive; il est permis pour lors de chercher la volonté de l'homme qui a disposé, de recourir aux présomptions, parce qu'ayant pu vouloir l'un comme l'autre, il faut examiner ce qui plus vraisemblablement a été dans sa volonté.

C'est ainsi que Me Charles du Molin prétend que des futurs conjoints qui, au jour de leur mariage, sont domiciliés en différents endroits, ont plus vraisemblablement adopté les Loix du domicile du mari, que celles du domicile de la femme, & qu'en conséquence de cette présomption, il estime que le mari gagnera une partie de la dot de sa femme, même celle qui consiste en immeubles, conformément à la Loi de son domicile, *ad formam Statuti domicilii viri.*

Selon Me Charles du Molin, une volonté présumée peut l'emporter sur la disposition réelle de la situation des biens.

Ainsi la volonté n'est pas toujours présumée conforme à la Loi de la situation.

Il

Il faut donc recourir aux conjectures, & dans l'hypotheſe dans laquelle on me reſtreignit, tout ſe réuniſſoit à ſe ranger du côté de la Juriſprudence de Paris.

Enfin, pour dernier moyen, on expoſoit que la ſucceſſion du ſieur Comte de R... étoit ouverte en Languedoc; que c'étoit-là où ſe devoit faire le partage; que c'étoit ici une attribution de Juriſdiction, & une évocation générale qui exigeoient que les queſtions fuſſent jugées ſelon les Uſages & les Coutumes des lieux d'où elles ont été évoquées.

Mais à cela on pouvoit répondre qu'à Toulouſe même on auroit dû juger la queſtion générale, ſelon la Juriſprudence du Parlement de Paris à cauſe du concours des différentes circonſtances.

Enſorte qu'à Toulouſe il n'auroit pas dû être queſtion de la Loi réelle de Toulouſe, mais de la convention & de la volonté des parties; volonté qui ne heurtoit pas une Loi prohibitive, étant certain que la Loi de Toulouſe n'eſt pas prohibitive de toute diſpoſition contraire, & eſt diſpoſée à céder à la volonté de l'homme.

Je finirai par une Obſervation que m'a envoyé M. le Préſident Deſpiard, qui eſt que, dans une donation, il faut principalement conſulter la volonté de celui qui donne; le donataire ne fait que ſe ſoumettre & acquieſcer. Ce Magiſtrat m'a cité Faber, au *C. L.* 8, *tit.* 38, *def.* 21, où cet Auteur, dans l'eſpece d'un donataire qui étoit mort avant le donateur, & où il s'agiſſoit de ſavoir ſi, n'étant pas fait mention dans la donation des héritiers du donataire, la choſe donnée devoit retourner au donateur, dit effectivement, *æquum eſt ex donantis voluntate fieri interpretationem, cum ab eo proficiſcatur liberalitas, nec aliud quicquam ex parte donatarii interveniat, niſi quod agnoſcit & ſuſcipit liberalitatem.... Non enim contrahit, ſed tantùm voluntati alterius acquieſcit;* & plus bas dans la Note 4, il en donne cette raiſon, *ne alioqui actio operetur contra vel ultra intentionem agentis, quod eſſe non poteſt. L. Non omnis*, 19, *ff. de reb. creditis.* Déciſion que Cancerius, en ſes Réſol. *lib.* 1, *de Donationibus*, *n.* 47, a miſe en uſage.

Mais de-là il réſulte ſeulement que, dans une parité de circonſtances, l'interprétation d'une donation ſe prend plus naturellement de la volonté préſumée de celui qui donne,

quand il s'agit de son intérêt personnel, qui est l'espece précise, à l'occasion de laquelle Faber a parlé, comme il a fait ci-dessus; mais quand il y a incertitude sur la volonté du donateur, qu'il ne s'agit pas de son intérêt personnel, que les circonstances peuvent déterminer pour un parti plutôt que pour un autre, & que la Loi de la situation est susceptible de toutes sortes de volontés de l'homme, il semble qu'il faut céder au plus grand concours des circonstances, & déterminer la volonté du donateur par ces circonstances.

CHAPITRE III.

Des conventions qui concernent la diversité des Loix, quant aux formalités des actes, pour le cas où l'on change de domicile.

NOUS avons fait voir, dans la partie précédente de ce Traité, que les particuliers ne pouvoient, par aucune convention, déroger au droit public, ni aux formes & solemnités prescrites pour la confection des actes. Nous avons pareillement montré, dans le titre précédent; que, lorsqu'un acte avoit été une fois revêtu de toutes ses formes, le changement de domicile, dans un lieu où cette forme n'est pas observée, ne donnoit aucune atteinte à l'acte valablement fait, d'où il suit qu'il n'y a pas lieu d'agiter si, par des conventions, on peut se précautionner contre la diversité du droit que le changement de domicile peut faire naître, par rapport à la solemnité des actes. C'est pourquoi passons promptement au Chapitre suivant.

CHAPITRE IV.

Des conventions faites pour obvier, en ce qui regarde le fonds & la substance des actes, à la contrariété qui pourroit se rencontrer entre les Loix de l'ancien & du nouveau domicile.

NOUS avons dit ci-devant que les conventions faites pour se précautionner contre la contrariété des Statuts personnels, étoient valables, pourvu qu'elles fussent autorisées par les Loix du lieu auquel la personne est soumise, au moment qu'elle contracte ou qu'elle aliene. Il en est autrement des Statuts réels; car les conventions matrimoniales qui dérogent à ces Statuts, ne peuvent avoir lieu qu'autant que les Loix de la situation des biens ne s'opposent pas à la validité de ces conventions. Que dirons-nous donc dans le cas où, par le contrat de mariage de deux Hollandois, il auroit été convenu que chacun d'eux pourroit, pendant le mariage, s'avantager quand bon lui sembleroit, & que depuis ils eussent transporté leur domicile à Utrecht, où tous avantages entre conjoints, même par testament, sont défendus, & que là s'étant institué héritiers l'un de l'autre, un des deux y fut décédé? Cette disposition testamentaire vaudra-t-elle, quant aux choses mobiliaires? car, quant aux immeubles, nous avons prouvé ci-devant que c'est la Loi de la situation qui doit en décider, & il ne semble pas que cette disposition puisse valoir? car étant nulle par la Loi du domicile actuel, comment peut-on la faire valoir en vertu de quelque convention que ce soit? La décision de cette question dépend en effet de ce que nous avons dit ci-devant, que c'est la même chose de faire certaines conventions dans le temps qu'elles sont défendues, ou d'en remettre l'exécution à ce temps-là même, & la circonstance que les conjoints pouvoient se faire cet avantage dans leur ancien domicile, ne peut, en aucune maniere changer la décision. Mais que dira-t-on si les conjoints s'étoient réellement

fait quelque avantage dans le temps qu'ils demeuroient en Hollande, & que le mari depuis eût transporté son domicile à Utrecht, & y fût décédé ? & je répondrois encore que cet avantage n'auroit pas lieu ; car, comme c'est le temps du décès qu'il faut considérer pour décider si les conjoints ont été capables de se donner, la donation, pour avoir été faite en Hollande par les conjoints, dans le temps qu'ils y demeuroient, ne pourroit pas pour cela se soutenir, & c'est précisément par rapport à la substance, & à la formalité des actes que nous avons dit que la personne ne pouvoit empêcher que les Loix eussent lieu dans son testament.

PIECES JUSTIFICATIVES.

Pour la page 236 du premier Volume.

LES SOUSSIGNÉS, Avocats au Parlement de Dijon, certifient qu'en Bourgogne les faits & articles qui ne sont pas décidés par la Coutume, se jugent selon la Loi Romaine ; c'est pourquoi, lorsqu'il s'agit de savoir si les dégrés apposés au fidei-commis & substitution sont purifiés, l'on compte lesdits dégrés par souches & générations, & non par têtes ; ensorte que si plusieurs freres sont appellés à un fidei-commis, & qu'ils l'appréhendent successivement, néanmoins ils ne font tous ensemble qu'un seul & unique dégré ; tellement que les héritiers grevés de substitution, ne peuvent disposer desdits biens, sinon après quatre générations écoulées. Ce qui a été jugé & pratiqué au Parlement, même depuis l'Ordonnance de mil six cent vingt-neuf, quoique vérifiée en icelui, mais avec modification ; laquelle Ordonnance ne s'observe point audit Parlement.

Nous certifions aussi qu'en matiere de substitution, l'ouverture en est toujours faite au profit du plus prochain à l'héritier grevé de substitution ; l'oncle excluant le neveu, & la tante la niece, représentation n'ayant point lieu en matiere de substitution : ce qui s'observe & juge inviolablement dans toutes les Jurisdictions dudit Parlement. Fait à Dijon, le vingt-neuvieme du mois de Juin mil six cent cinquante & un. Ainsi signé, Calon, Gigot, N. Harbet, Durand, Colin, Lebeu, Quarré, Galoche, E. Dorge, B. Euvrard, A. Regnaut, Puisné, Fordoille, Arvisenet, Bichot, Brechillèt, Joly, S. Midam, Degobillon, Malpey, Davignon, J. Bouchardet, Poyvre, B. Boulier, Devoyo, P. Le Belin, & Bauldot. CLAUDE GAILLARD, Conseiller du Roi, Lieutenant-Général & Commissaire Examinateur au Bailliage de Dijon, Siege principal, certifions & attestons à tous qu'il appartiendra, que tous les soussignés en l'acte ci-dessus, sont Avocats au Parlement de Bourgogne ; en témoin de quoi nous nous sommes soussignés,

fait signer au Greffier de cette Cour, & fait apposer le scel ordinaire dudit Bailliage, le deuxieme Juillet mil six cent cinquante & un.

Signés, GAILLARD & MALET.

Collationné à l'original, par moi, Conseiller & Secrétaire du Roi, Maison & Couronne de France & de ses Finances.

GALLONS.

Pour la même page 236 du premier Volume.

JACQUES GROZELIER, Conseiller & Lieutenant-Criminel au Bailliage, à Beaune, pour l'absence du sieur Lieutenant-Civil en icelui; savoir faisons, que ce jourd'hui Samedi dix-septieme du mois de Juin mil six cent cinquante & un, judicialement à la tenue des plaids dudit Bailliage, pardevant nous, a comparu Maître François Virely, Procureur de Dame Marguerite Chabot, Duchesse d'Elbeuf, Comtesse de Neublanc, Lislebonne, Charny & Couchey, lequel nous a remontré qu'au procès évoqué au Parlement de Rennes en Bretagne, entre ladite Dame & Dame Françoise de Montessus, au sujet desdites terres de Charny & Couchey, données à Messire Philippe Chabot, Amiral, & Eléonor Chabot, son fils, Grand-Ecuyer de France; lesdites terres chargées de substitution, au profit de François Chabot, son fils, & à ses trois mâles, au défaut desquels lesdites terres devoient passer, par même droit de substitution, aux filles dudit Eléonor, lequel en ayant joui, comme premier donataire, par son décès, elles furent pareillement transmises à François, qui en a pareillement joui; après la mort duquel elles ont été possédées par Jacques Chabot, Marquis de Mirebeau, son fils aîné, lequel n'ayant point laissé d'enfants mâles, la substitution a été ouverte au profit de Jacques Chabot, fils de Charles Chabot, & de ladite Dame de Montessus; lequel Jacques, dernier du nom, étant décédé sans enfants, a mis fin à la ligne masculine des Chabots, & donne lieu à l'ouverture de la substitution au profit de ladite Dame Duchesse d'Elbeuf, qui est contestée par ladite Dame de Montessus, sous prétexte que tous les dégrés de ladite substitution sont purifiés, & par conséquent ledit feu sieur Jacques Chabot, fils, en a pu disposer à son profit. A quoi

quoi ladite Dame de Montessus auroit posé en fait qu'en Bourgogne on observoit, comme une Loi inviolable, l'ordre de succéder aux substitutions par têtes, & non par générations, ce qui est contraire à l'usage & pratique ordinaire de tous les Bailliages de cette Province : au moyen de quoi ladite Dame Duchesse d'Elbeuf nous a requis attestation des sieurs Conseillers de ce Bailliage, Avocat & Procureur du Roi, & des sieurs Avocats postulants, comme les dégrés des substitutions se comptent, en Bourgogne, par génération, & non par tête; & ce, nonobstant l'Ordonnance de 1629, qui n'est point observée dans le Ressort du Parlement de Bourgogne : à quoi inclinant, nous avons, en présence de Maître Pierre Leblanc, Avocat, faisant la charge d'Avocat du Roi, par Arrêt, & de Maître Pierre Chevinard, Procureur du Roi audit Bailliage, pris & reçu le serment de Maître Jean Larcher, Conseiller audit Bailliage, & Lieutenant particulier en la Chancellerie; de Maître Jean Bouchain, aussi Conseiller audit Bailliage; de Maître Vincent Valleby, Jean Belin, Edme Ferry, Jean Paillet, Emillard Villain, Philippe Parigot, Guillaume Forneret, Hugues Guyard, Etienne Boillot, Louis Condault, & François Valleby, tous Avocats postulants audit Bailliage; lesquels nous ont unanimement déclaré, que les dégrés de substitution se comptent, en Bourgogne, par génération, & non par tête, nonobstant l'Ordonnance de 1629, qui ne s'observe point en Bourgogne; dont, & de tout ce que dessus, nous avons dressé la présente attestation, & donné acte à ladite Dame d'Elbeuf, pour lui valoir & servir ce qu'il appartiendra. En foi de quoi nous avons signé & fait signer cette auxdits Conseillers, Avocat & Procureur du Roi, auxdits Avocats postulants en ce Siege, les an & jour susdits; aussi à Maître Etienne Maltête, Greffier dudit Bailliage. Ainsi signé, J. Grozelier, Larcher, P. Chevignard, Bouchain, Leblanc, P. Parigot, E. Villain, Forneret, H. Guyard, E. Valleby, C. Belin, Paillet, Condault, Valleby, Boillot, E. Ferry, & Maltête, Greffier.

Collationné à l'original, par moi, Conseiller & Secrétaire du Roi, Maison, Couronne de France & de ses Finances.

Gallons.

ARRÊT NOTABLE,

*Rendu en la deuxieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé de Chavaudon, le 21 Janvier 1713 *, en interprétation des art. 42, 43 & 44, de la Coutume de la Rochelle, par lequel ont été jugés, en ladite Coutume de la Rochelle, trois points; savoir, 1°. qu'un pere ayant trois filles de deux différents mariages, savoir, deux d'un premier mariage, & une d'un troisieme mariage; & n'ayant laissé aucuns héritages propres, mais seulement des meubles & acquêts, desquels il avoit fait legs universel à sa fille du troisieme mariage; ladite fille du troisieme mariage pouvoit être ensemble légataire & héritiere. 2°. Qu'en la premiere qualité de légataire, elle doit prendre le total des meubles & le tiers desdits acquêts; &, en qualité d'héritiere, prendre sa part, qui est une tierce partie des deux autres tiers desdits acquêts. 3°. Que néanmoins les deux autres filles, non légataires, auroient droit de demander d'avoir le supplément de leur légitime, au cas que la part à elles adjugée dans les deux tiers des acquêts, ne fût pas suffisante pour remplir la moitié de la part qu'elles auroient eue dans les biens du pere commun, s'il étoit mort ab intestat; lequel troisieme article a été jugé d'Office par la Cour.*

Voici l'Arrêt.

Pour la page 250 du premier Volume.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre, à tous ceux qui ces présentes Lettres verront, SALUT: savoir faisons, &c.

NOTREDITE COUR, par son Jugement & Arrêt, sans s'arrêter aux Requêtes desdits Moreau, Chabot & leurs femmes, des onze & douze Janvier mil sept cent treize, a mis & met l'appellation au néant; ordonne que la Sen-

* *Na* C'est par erreur qu'on a daté, *page* 250 du premier volume, cet Arrêt du 21 Juin, il est du 21 Janvier.

tence *, de laquelle a été appellé, sortira son effet; sauf, auxdits Moreau, Chabot & leurs femmes, à se pourvoir en supplément de légitime, au cas que la part & portion à eux adjugée dans les deux tiers desdits acquêts-immeubles, ne fût pas suffisante pour remplir la moitié de la part qu'ils auroient eue dans les biens dudit Michel Drouillard, s'il étoit mort *ab intestat.* Défenses dudit Bureau & de ladite Frimolleau, sa femme, esdits noms au contraire; condamne lesdits Moreau, Chabot & leurs femmes, en l'amende ordinaire de 12 liv. & ès dépens des causes d'appel & demandes, la taxe d'iceux à notredite Cour réservée.

SI MANDONS, &c.

MÉMOIRE

POUR CHARLES MOREAU & ELIZABETH DROUILLARD, sa femme; ETIENNE CHABOT & MARIE-ANNE DROUILLARD, sa femme, Appellants.

CONTRE JACQUES BUREAU & FRANÇOIS FRIMOLLEAU, Tuteurs de MARIE DROUILLARD, Intimés.

IL s'agit de savoir si, dans la Coutume de la Rochelle, qui n'a rien de décidé sur la compatibilité des qualités d'héritier & de légataire, on peut les réunir en ligne directe.

FAIT.

Les Appellantes sont filles de Michel Drouillard; elles ont été mariées du bien de leur mere. Un second mariage effaça du cœur de leur pere les sentiments de tendresse que la nature devoit lui inspirer; sa seconde femme l'a engagé à les dépouiller en faveur d'une fille de neuf mois, qui n'avoit pu mériter l'affection de son pere, ni ses bienfaits: il a fait, à son profit, un legs universel.

* La Sentence dont étoit appel, avoit été rendue le premier Avril 1711, en la Sénéchaussée de la Rochelle.

La Coutume de la Rochelle, où il étoit domicilié, est une Coutume de subrogation; il n'avoit point de propres, ainsi il n'avoit pu disposer que de ses meubles & du tiers de ses acquêts; les deux autres tiers étoient réservés aux héritiers: les Intimés ont été obligés de le reconnoître; mais ils ont prétendu qu'on pouvoit être héritier & légataire dans la Coutume de la Rochelle: ainsi, que leur mineure devoit partager, en qualité d'héritiere, les deux tiers des acquêts. Les premiers Juges ont décidé en faveur de la mineure des Intimés.

L'objet de la question se réduit à savoir si ladite fille du second lit, peut prendre part dans les deux tiers des acquêts.

Trois Moyens pour montrer qu'elle n'y peut avoir aucun droit.

PREMIER MOYEN.

Ce moyen est fondé sur l'incompatibilité des deux qualités d'héritier & de légataire: il est vrai que la Coutume de la Rochelle ne l'a point prohibé expressément; mais dans le silence de la Coutume, il faut avoir recours au Droit commun de la France coutumiere, & sur-tout à la décision de la Coutume de Paris.

On ne doute plus aujourd'hui que les questions, que les autres Coutumes n'ont point prévues, doivent être décidées par celle de Paris: par une Jurisprudence à présent inviolable, la Coutume de Paris a enfin obtenu, sur le Droit Romain, la préférence qu'il lui avoit long-temps disputée. Ainsi, il est inutile d'opposer qu'on peut être héritier & légataire par le Droit Romain; c'est un des principes du Droit coutumier, que nul ne peut être héritier & légataire.

La question qui se présente aujourd'hui, n'est pas nouvelle; elle a été traitée par tous les Auteurs: il n'y en a aucun qui ne soit d'avis que l'incompatibilité doit avoir lieu dans les Coutumes qui n'ont rien décidé à cet égard, & sur-tout lorsqu'il s'agit de la ligne directe. C'est le sentiment de M. Ricard, *des Donations*, *part.* 1, *ch.* 3, *sect.* 15, *n.* 643 & 648; & de M. Denis Lebrun, *des Successions*, *liv.* 3, *ch.* 7, *n.* 3.

OBJECTION.

On insinue que la Coutume de la Rochelle n'est pas muette sur la question, qu'elle admet par l'*art.* 42, la compatibilité ; que le Commentateur de la Coutume de la Rochelle, est d'avis qu'elle doit y être reçue ; qu'après tout, ce n'est point par la Coutume de Paris qu'on doit suppléer les omissions de la Coutume de la Rochelle ; mais que c'est à la Coutume de Poitou qu'on doit avoir recours ; que dans la Coutume de Poitou, on peut être héritier & légataire.

RÉPONSE.

L'Article 42 de la Coutume de la Rochelle, porte : » aucun » ne peut donner à aucun de ses enfants, ou hoirs présomp- » tifs, ni iceux avantager l'un plus que l'autre, en aucune » partie de son héritage, à lui venu par succession. «

En décidant qu'on ne peut avantager ses héritiers dans les propres, on prétend qu'il laisse la faculté de le faire dans les acquêts ; l'incompatibilité est donc bornée aux propres, elle ne s'étend point aux acquêts : ainsi, on peut être héritier & légataire, lorsqu'il s'agit des acquêts. Il seroit singulier, que la Coutume eût voulu rejetter la compatibilité par rapport aux propres, & l'admettre à l'égard des acquêts ; la décision de cet article est simple & nette. Dans les propres, on est obligé de conserver l'égalité, on peut ne le pas faire dans les acquêts ; peut-on en conclure qu'on puisse être héritier & légataire ? Dans la Coutume de Paris, on peut avantager un des héritiers, la compatibilité n'y est cependant pas admise : donc, quoique la Coutume de la Rochelle permette d'avantager un de ses héritiers, il ne s'ensuit pas qu'il puisse conserver ces avantages avec la qualité d'héritier. La Coutume ne suppose point, dans celui qui est avantagé, la qualité d'héritier, elle dit héritier présomptif ; en permettant de disposer au profit de l'héritier présomptif, elle n'accorde rien qui ne soit permis dans les Coutumes qui rejettent expressément la compatibilité : en effet, dans la Coutume de Paris, il n'est pas défendu d'avantager son héritier présomptif. Cet article, dont les Intimés se servent pour établir la compatibilité dans

la Coutume de la Rochelle, est une preuve qu'elle a voulu la rejetter. Par l'*art.* 42 de la Coutume de la Rochelle, non-seulement les enfants, mais les collatéraux mêmes, ne peuvent être donataires entre vifs d'un propre, & héritiers; il faut que le collatéral rapporte le propre à lui donné entre vifs, quand il veut être héritier. L'article parle des hoirs présomptifs par opposition aux enfants, il comprend les collatéraux. L'Apostille de du Moulin y est formel : il en rapporte un Arrêt de 1557, qui infirma la Sentence du Lieutenant-Général de la Rochelle; si on ne peut être héritier & donataire d'un propre, même en ligne collatérale, qualités qui y sont compatibles dans la Coutume de Paris, moins sévere que celle de la Rochelle, à plus forte raison ne peut-on être héritier & légataire ; l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire, est plus grande que celle de donataire & d'héritier.

A l'égard du Commentateur, il parle toujours avec tant de confusion, qu'il est souvent difficile de découvrir sa pensée dans ses expressions; les termes sur lesquels on fonde le sentiment qu'on lui attribue, sont obscurs, & donnent lieu de présumer qu'il décide simplement qu'on peut avantager un de ses héritiers dans les meubles & acquêts; mais il ne dit pas formellement qu'on puisse conserver l'avantage & demeurer héritier.

Après tout, il ne rapporte, ni Arrêt, ni Sentence qui aient jugé la compatibilité permise dans la Coutume de la Rochelle. Dans cet état, quelle attention peut mériter le sentiment d'un Auteur particulier, lorsqu'il est contraire au Droit commun, & qu'il n'est appuyé d'aucune autorité ?

Le Commentateur de la Rochelle peut-il soutenir le parallele de Ricard, de Lebrun ? La Coutume de Poitou n'a force de Loi que dans son ressort; ses décisions ne peuvent pas plus servir de regle dans la Coutume de la Rochelle, que celle de toute autre Coutume voisine. La Coutume de Paris seule a l'avantage d'étendre son empire au-delà de son ressort. Les Intimés n'ont demandé part dans les deux tiers des acquêts, qu'en qualité d'héritiers. On ne peut être héritier & légataire ; les deux tiers des acquêts doivent donc appartenir aux Appellants seuls.

DEUXIEME MOYEN.

La Coutume de la Rochelle est une Coutume de subrogation ; celui qui n'a point de propres, n'y peut disposer de ses acquêts, que comme il auroit pu faire des propres : l'*art.* 44 le décide, & l'*art.* 42 défend d'avantager de ses propres, ses héritiers présomptifs, l'égalité doit être conservée ; la renonciation ne met pas en droit, celui qui est avantagé, d'en profiter, comme il le pourroit faire dans la Coutume de Paris.

Drouillard n'a point laissé de propres ; par-là, ses acquêts en tiennent lieu : s'il eût eu des propres, il n'auroit pas pu avantager sa fille du second lit, elle les eût partagés également avec ses sœurs, elle n'auroit eu que le tiers ; elle ne peut donc prendre, dans les acquêts subrogés aux propres, que la même part qu'elle auroit eue dans les propres, elle n'en peut donc prétendre que le tiers.

OBJECTION.

L'article 44, en subrogeant les acquêts aux propres, n'oblige point d'y garder l'égalité entre les héritiers, comme a fait l'*art.* 42 à l'égard des propres ; on ne peut étendre la disposition de l'*art.* 44. L'*art.* 44 ne défend de disposer que des deux tiers des acquêts. Il n'y a de subrogation que par rapport aux deux tiers : si l'obligation de conserver l'égalité entre les héritiers, à l'égard des propres, pouvoit avoir lieu à l'égard des acquêts, ce ne seroit que par rapport aux deux tiers des acquêts subrogés aux propres. Ainsi la mineure des Intimés, en qualité d'heritiere, pourroit prendre part dans les deux tiers ; la subrogation n'a même lieu que dans le cas où on a disposé en faveur d'un étranger ; elle cesse, si l'on dispose en faveur d'un de ses héritiers présomptifs : les termes dont l'article se sert, le font connoître : *on ne peut léguer, ni donner à d'autres*, signifient étranger.

RÉPONSES.

1°. Il est vrai que la Coutume de la Rochelle n'a pas rappellé, dans l'*art.* 44, la prohibition d'avantager un de ses hé-

ritiers présomptifs, écrite dans l'*art.* 42 ; mais cette répétition étoit inutile. Pour que la prohibition de l'*art.* 42 eût lieu à l'égard des acquêts, il suffisoit de décider que les acquêts doivent tenir lieu de propres. Les acquêts sont par-là de la même nature, leur condition se trouve la même ; tout ce qui est décidé à l'égard des propres, devient commun à l'acquêt qui en tient lieu.

2°. Il y a de l'illusion de prétendre que la subrogation n'a lieu que par rapport aux deux tiers des acquêts : elle est absolue & parfaite ; le pouvoir que la Coutume donne dans les acquêts subrogés, n'a pas plus d'étendue que celui qu'elle accorde dans les propres : si la subrogation n'avoit lieu que pour les deux tiers, il seroit permis de disposer du tiers de ces deux tiers. On ne croit pas qu'on osât le prétendre ; si on ne peut disposer en faveur d'un étranger que du tiers des acquêts, comme on ne peut disposer que du tiers des propres, ne doit-on pas reconnoître que les autres dispositions, qui regardent la maniere de disposer des propres, sont communes aux acquêts, dans le cas de la subrogation ?

3°. De dire que la subrogation n'a lieu que contre les étrangers, & que l'on peut disposer de plus du tiers des acquêts en faveur de l'un de ses héritiers, c'est une idée contraire au texte de la Coutume. Le terme, *à autre*, ne fournit aucune induction : *aucun ne peut léguer ou donner à autre*, sont des termes qui présentent la même idée. L'*art.* 44 est rélatif à l'*art.* 42 : la prohibition de l'*art.* 42 n'a point lieu à l'égard des étrangers ; si le terme, *à autre*, dans l'*art.* 44, veut dire, étranger, il n'a été mis que pour établir, contre l'étranger, la prohibition de l'*art.* suffisamment établie contre les héritiers présomptifs, par la relation qui se trouve entre l'*art.* 44 & l'*art.* 42. Mais il est inutile de réfuter un paradoxe de cette nature : les Intimés eux-mêmes ont reconnu que le legs universel ne pouvoit comprendre que le tiers des acquêts ; ce n'a été qu'en qualité d'héritiers qu'ils ont demandé part dans les deux tiers ; si la subrogation n'avoit pas lieu contre les héritiers, pourquoi abandonner la totalité des acquêts ?

TROISIEME

TROISIEME MOYEN.

Les Appellantes n'ont jamais rien eu de leur pere, il leur est dû une légitime; la Coutume de la Rochelle n'en a point établi d'autre que la réserve coutumiere des deux tiers des propres, ou des deux tiers des acquêts; les Intimés se servent du sentiment du Commentateur de la Coutume de la Rochelle, lorsqu'il leur est favorable; ils ne peuvent le rejetter, lorsqu'il est contraire : lesdits deux tiers, qui sont la légitime, acquis aux enfants, ont toujours été estimés devoir venir francs & quittes de toutes dettes, *art.* 42, *p.* 380. Vigier, sur l'*art.* 85 de la Coutume d'Angoumois, décide qu'il n'y a point d'autre légitime, dans cette Coutume, que la réserve coutumiere des deux tiers des propres & acquêts, établie par la Coutume d'Angoumois, de même que par celle de la Rochelle.

C'est aussi le sentiment de Pontanus, sur l'*art.* 73 de la Coutume de Blois. La légitime est donc la réserve coutumiere, la Coutume n'en fixe point d'autre; le legs universel réduit les Appellantes à la légitime, la mineure des Intimés ne peut prétendre part dans une réduction qui se fait contre elle-même; la Coutume ne permet, à celui qui n'a point de propres, de donner que le tiers des acquêts, & encore une portion virile dans les deux autres tiers, comme héritier; il prendroit plus que la Coutume ne permet de donner, & il éluderoit la prohibition de la Loi, par ces deux qualités; on ne peut prendre deux qualités différentes pour détruire la réserve établie par la Coutume.

CONCLUSION.

L'Intimée ne pourroit donc partager, dans les deux tiers des acquêts, qu'en qualité d'héritiere, qualité incompatible avec celle de légataire. Par la Coutume de la Rochelle, le pere, qui n'a point de propres, est obligé de conserver, dans les acquêts, l'égalité entre les enfants; elle n'y seroit pas observée, si l'Intimée avoit plus du tiers : enfin, les deux tiers des acquêts, sont la seule légitime des Appellantes. En cet état, tout concourt à détruire une prévention qui n'est pas

moins contraire à l'équité qu'aux regles de la Justice. *Iniquum enim est ut quibus aliqua competit successio, alii abundanter assumant, alii paupertatis incommodis ingemiscant.*

M. DE CHAVAUDON, Rapporteur.

Me LE ROY DE FONTENELLE, Avocat.

COUESEAU, le jeune, Proc.

MÉMOIRE

POUR JACQUES BUREAU, Tuteur de FRANÇOISE DROUILLARD, Intimé.

CONTRE CHARLES MOREAU & ETIENNE CHABOT, maris d'ELIZABETH & MARIE-ANNE DROUILLARD, Appellants.

LA question est de savoir quel effet doit avoir, suivant la Coutume de la Rochelle, un legs universel, fait à la mineure de l'Intimé, par Michel Drouillard, son pere. Cette mineure est fille du second lit, & les femmes des Appellants, sont enfants du premier lit du testateur. Rien de plus favorable & de plus modique que son legs.

Le testateur avoit établi & marié avantageusement les Appellantes, filles de son premier lit. Il n'avoit point de propres. Tous ses acquêts ne produisoient que 120 liv. de rente, & son mobilier ne montoit qu'à 427 liv.

C'est en cet état que, considérant l'excessive modicité de sa fortune & le bas âge de la fille de son second lit, qui n'avoit qu'un an au jour de son décès, il a pris le parti, en pere tendre & prudent, de l'instituer sa légataire universelle, pour aider à la faire subsister.

La Sentence dont est appel, rendue en grande connoissance de cause, par des Juges bien instruits de l'esprit & de l'usage de leur Coutume, a décidé que, suivant la même Coutume,

la mineure légataire, doit avoir les meubles & le tiers des acquêts, à la charge de payer les dettes de la succession, & partager également avec les Appellantes, ses sœurs, les deux autres tiers desdits acquêts.

Les Appellantes soutiennent, de leur part, que ces deux tiers des acquêts leur doivent demeurer pour le tout, sans que la mineure de l'Intimé puisse y rien prétendre, & tel est le point où aboutit maintenant toute la difficulté du procès, une infinité d'autres contestations téméraires des Appellants, ayant été abandonnées pour insinuer que les deux tiers des acquêts doivent rester en entier aux Appellantes, & par conséquent, que la mineure de l'Intimé ne doit tirer aucun bénéfice. On a fait cinq objections.

La premiere, que les qualités de légataire & d'héritier, sont incompatibles.

La deuxieme, qu'au défaut de propres, les acquêts sont subrogés aux propres, dont il n'est pas permis de disposer au profit d'un héritier présomptif.

La troisieme, que les deux tiers des acquêts sont une espece de légitime pour les héritiers présomptifs, dans laquelle un légataire ne peut rien prendre.

La quatrieme, que les acquêts du défunt sont des conquêts de sa communauté avec la mere des Appellantes, au préjudice de qui le testateur n'a pu disposer de cette sorte de bien.

La cinquieme, que si les Appellantes n'avoient pas les deux tiers des acquêts du défunt en entier, elles n'auroient pas leur légitime de droit; c'est-à-dire, la moitié de ce qu'il leur seroit revenu de la succession, si le défunt n'avoit point testé.

PREMIERE OBJECTION.

Que les qualités de légataire & d'héritier sont incompatibles.

L'on a fondé cette prétendue incompatibilité, en soutenant que la Coutume de la Rochelle étoit muette à cet égard; que, dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas, Soëve, Ricard & Lebrun, sont d'avis qu'il faut y suivre, non pas, à la vérité, en ligne collatérale, ni en ligne directe ascendante, mais seu-

lement en ligne directe descendante, l'article 300 de la Coutume de Paris, qui se déclare pour l'incompatibilité.

RÉPONSES.

1°. La Coutume de la Rochelle ne défend d'avantager l'un de ses enfants & héritiers présomptifs, que dans les héritages échus au testateur par succession; c'est-à-dire, dans les véritables propres.

Donc cette Coutume permet de les avantager dans tout ce qui n'est point des propres. Permettre d'avantager un de ses héritiers, c'est admettre clairement la compatibilité des qualités de légataire & d'héritier, parce que cet héritier ne peut prendre son avantage qu'en vertu de son legs, & en unissant par conséquent à sa qualité d'héritier, celle de légataire.

Les appellantes, forcées de convenir qu'un héritier présomptif qui ne renonceroit point, ne pourroit recevoir un avantage, sans devenir en même-temps légataire & héritier, ont cru s'échapper, en imaginant que c'est d'enfants ou héritiers présomptifs qui ne renoncent que par la prohibition d'avantager dans les propres, que parle l'*article* 42 de la Coutume de la Rochelle.

Mais c'est mettre, dans l'article, une chose qui n'y est point. Cet article ne dit pas un mot de renonciation, & c'est vouloir y mettre ou sous-entendre une chose absurde; car il n'y auroit pas de bon sens dans l'article, s'il avoit appliqué sa prohibition d'avantager dans les propres aux enfants ou héritiers présomptifs renonçants, d'autant qu'un héritier présomptif qui accepte la succession, est manifestement beaucoup moins favorable pour l'habilité d'être légataire, qu'un héritier qui renonce.

Aussi du Molin, sur cet article, assure directement le contraire de ce qui est avancé par les appellantes; car il témoigne que le même article ne s'entend que d'un héritier présomptif qui accepte, & n'a point lieu, si cet héritier présomptif renonce à la succession; *Hæc Consuetudo limitanda est ut procedat quando donatarius vult esse hæres, secus si abstineat contentus suâ donatione.*

En conséquence M. Huet, Commentateur de la Coutume de la Rochelle, *pages* 375 & 376, observe que l'esprit & l'usage de cette Coutume sont pour la compatibilité, & qu'en cela elle est plus juste que celle de Paris d'avoir laissé aux peres toute liberté sur les meubles & acquêts pour obliger d'autant plus les enfants à mériter leurs bonnes graces.

Brodeau a de même remarqué, sur M. Louet, *lettre* H, *ch.* 17, *n.* 1, que la Coutume de la Rochelle étoit du nombre de celles qui autorisent la compatibilité des qualités de légataire & d'héritier, en permettant d'avantager les enfants par forme de prélegs & de préciput dans les meubles & dans les acquêts.

2°. Dans les cas où la Coutume de la Rochelle est muette, c'est par la Coutume de Poitou qui est plus voisine, que son silence doit s'interpréter; il y en a une note précise de du Molin, sur le titre initial de la Coutume de la Rochelle; *hæc Consuetudo suppleri solet per Consuetudinem Pictaviensem.* M. Huet en rend une raison principale dans la Préface de son Commentaire, qui est que la Rochelle étoit autrefois une dépendance & un membre du Comté de Poitou, avant que ce Comté eût été réuni à la Couronne.

On peut ajouter une seconde raison, fondée sur la Loi 32, aux Digest. *de Legib. tunc quod proximum & consequens ei est, si nec id quidem appareat, tunc jus quo urbs Romana utitur, servari oportet;* qui décide que l'on ne doit avoir recours aux Loix de la Capitale d'un Etat, que quand les Coutumes des Provinces voisines n'ont point de dispositions qui puissent interpréter le silence de celle dont il s'agit, & y suppléer. Or, la Coutume de Poitou, dans son *art.* 216, contient une disposition formelle de compatibilité des qualités de légataire & d'héritier, par la faculté expresse qui y est accordée, de faire la condition de l'un des héritiers, meilleure que celle des autres, dans les meubles & dans les acquêts. Donc il seroit indifférent que la Coutume de la Rochelle fût muette sur cette question d'incompatibilité.

3°. Ce qui vient d'être établi, efface toutes les autorités objectées; parce que les Appellantes conviennent que ces autorités ne sont contre la compatibilité, que dans les Coutumes qui n'ont point de dispositions tendantes à l'admettre, & qui ne sont pas déterminées à suivre l'interprétation d'une Cou-

tume voisine, où elle se trouve reçue. L'Intimé va plus loin, il soutient que la Loi d'incompatibilité, prescrite par la Coutume de Paris, ne peut être étendue pour quelque ligne que ce soit dans aucunes Coutumes muettes sur ce sujet.

La Coutume de Paris n'a point d'empire sur les autres Coutumes; chacune est également souveraine dans son ressort; tous les Commentateurs l'avouent; & le judicieux Coquille, *dans ses Questions & Réponses*, en rend la raison, de ce que les habitants de cette ville n'ont jamais conquis les autres villes de l'Etat, ainsi que les citoyens de Rome avoient subjugué les autres villes de leur Empire. Il est vrai qu'il y a quelques difficultés, comme l'âge de tester & la quotité de la légitime, sur lesquels on interprete le silence des autres Coutumes, par la disposition de celle de Paris, plutôt que par la décision du Droit civil; mais ce n'est qu'à cause de la justesse particuliere que l'on a cru rencontrer dans le parti qui, à cet égard, avoit été pris par la Coutume de Paris.

La Coutume de Paris, *art.* 300, déclare les qualités de légataire & d'héritier incompatibles, en quelque ligne que ce soit. Les Appellantes, de leur part, demeurent d'accord que, dans les Coutumes muettes, cette incompatibilité ne peut avoir lieu en ligne collatérale, & que la question a été ainsi jugée par un Arrêt de 1648.

Les Appellantes ne veulent introduire cette incompatibilité dans les Coutumes muettes, que pour la ligne directe descendante : donc elles reconnoissent que, si on y étendoit la même incompatibilité bornée à cette ligne, ce ne pourroit être par aucune idée d'empire de la Coutume de Paris sur les autres Coutumes, parce que, en ce cas, il faudroit y étendre aussi, comme dans la Coutume de Paris, l'incompatibilité pour la ligne collatérale & pour la ligne directe ascendante, de même que pour la ligne directe descendante. Tous nos Auteurs, & Ricard, *Traité des Donations, part.* 1, *ch.* 3, *sect.* 15, *n.* 645, cité par les Appellantes, conviennent que, sur les questions des donations & des testaments, c'est le Droit civil qu'il faut suivre, dans les Coutumes qui n'en disposent point autrement, parce que, à cet égard, c'est du Droit civil que nous avons emprunté nos lumieres & nos regles; Ricard y comprend même nommément la question dont il s'agit: de sorte qu'étant certain, entre les Parties, que le Droit civil

admet cette compatibilité, il est clair qu'elle doit être reçue dans toutes les Coutumes qui ne la rejettent point; comment pourroit-on s'en dispenser?

De Droit commun, chacun est le maître de disposer de son bien comme il lui plaît, dans tous les cas où cette Loi n'est point gênée par une Loi; par la Loi des XII Tables, *uti quisque legassit, ita jus esto*, les Loix prohibitoires, qui font violence au Droit commun, ne s'étendent point au-delà des bornes qui leur ont été marquées. Ainsi, chaque testateur peut donner à l'un de ses héritiers, & l'avantager, dans tous les pays où il n'y a point de Loix qui le défendent.

On vient de voir que la faculté d'avantager son héritier, & de réunir dans sa personne les qualités de légataire & d'héritier, ne résiste point au Droit naturel; cette faculté blesse encore moins le Droit Civil. Il n'est point contesté que la compatibilité de ces qualités n'ait lieu; &, pour ce qui concerne l'esprit général du Droit coutumier, loin qu'il ait trait à rendre ces qualités incompatibles en elles-mêmes, tout le monde sait qu'on peut être héritier dans une Coutume qui interdit la compatibilité, & légataire dans une autre Coutume qui la permet. V. M. Louet, *lettre H. ch.* 16. Que dire même de la distinction de ligne alléguée par les Appellantes?

Un homme qui accepte une succession en collatérale, est-il moins héritier que quand il l'accepte en directe? S'il est également héritier dans l'une & l'autre ligne, par quelle bizarrerie peut-on proposer que, dans les Coutumes muettes sur la question, les qualités de légataire & d'héritier soient incompatibles en ligne directe descendante, sans l'être en ligne collatérale, ni en ligne directe ascendante?

Cette distinction, bizarre en elle-même, n'est écrite dans aucune Coutume; elle n'a été autorisée par aucun Arrêt; pourquoi la faire? Où la Loi ne distingue point, l'homme ne doit pas non plus distinguer. Soëve, Ricard & Lebrun, ont, dit-on, donné les ouvertures de cette distinction. Soëve n'en a point parlé. Ricard & Lebrun l'ont proposée comme bonne; mais ils ne l'ont appuyée d'aucuns principes, & n'ont pas témoigné qu'elle eût été reçue: c'est un projet de nouvelle Jurisprudence qu'ils ont hasardé, & l'on n'ignore pas que ces deux Auteurs, quoique d'un très-grand génie, ont risqué beaucoup

d'autres opinions singulières, que le crédit de leur nom n'a pu faire gouter.

DEUXIEME OBJECTION.

Qu'au défaut des propres, les acquêts sont subrogés aux propres, dont il n'est pas permis de disposer au profit de son héritier présomptif.

La subrogation des acquêts aux propres, est une fiction; aucune fiction ne peut y avoir lieu qu'elle ne soit établie par une Loi, ni être étendue hors des cas pour lesquels il a plu à la Loi de l'introduire. Ces maximes sont trop triviales pour avoir besoin de preuves. L'*art.* 44 de la Coutume de la Rochelle, est celui dont les Appellantes excipent : après avoir déclaré, dans l'*art.* 42, qu'on ne peut avantager ses enfants, ou hoirs présomptifs, en aucune partie de ses propres, & dans l'*art.* 43, que les conjoints peuvent se donner tous leurs meubles & acquêts, & le tiers de leurs propres, voici ce qu'ajoute l'*art.* 44 : » aucun ne peut donner, ni léguer à autre, soit par » testament ou autrement, de ses biens-meubles & acquêts-im- » meubles, s'il n'a héritage paternel, ou collatéral, que les deux » parts desdits acquêts-immeubles ne demeurent à ses héritiers. Dans cet article, & dans aucun autre de la Coutume de la Rochelle, pas un mot de subrogation des acquêts aux propres.

Cette Coutume y est même formellement opposée par rapport aux droits des héritiers présomptifs; car, dans l'*art.* 42, elle défend de rien donner de ses propres à ses héritiers présomptifs; au lieu que dans l'*art.* 44, elle ne défend, au défaut des propres, de donner que les deux tiers de ses acquêts, & n'interdit d'en disposer qu'au profit d'autres que ses héritiers présomptifs.

Ce que porte la Coutume n'est donc point une subrogation, du moins indéfinie, des acquêts aux propres; tout ce qu'elle ordonne doit être observé, ce qu'elle ne dit point, ne doit pas être suppléé pour introduire une subrogation dont la Coutume n'aura point parlé.

L'article contient deux dispositions, dans lesquelles il faut se

se renfermer, & qui s'élevent toutes deux contre la prétention des Appellantes.

Premiere disposition, que c'est seulement à autres que ses héritiers présomptifs, qu'il est, au défaut des propres, prohibé de rien léguer qui puisse empêcher que les deux tiers de ses acquêts ne soient conservés en entier à ses héritiers.

Donc il est permis d'entamer ces deux tiers d'acquêts par une libéralité testamentaire faite au profit de son héritier présomptif. Aussi M. Huet, Commentateur de la Coutume de la Rochelle, *loco citato*, estime indéfiniment & sans aucune distinction de l'espece où il y a des propres, & de celle où il n'y en a point, que cette Coutume a laissé aux peres envers leurs enfants, la liberté entiere pour la disposition des acquêts, & par conséquent les appellantes ne pourroient tirer aucun avantage que dans la Coutume de la Rochelle, les qualités de Légataire & d'héritier, fussent incompatibles; parce que la mineure de l'intimé, fille & héritiere présomptive du testateur, n'est point exclose de prendre, en vertu de son legs universel, sans accepter la succession, la part à elle adjugée dans les deux derniers tiers des acquêts du défunt.

Seconde disposition, au profit de quelque personne que le testateur ait disposé; il suffit au défaut des propres de laisser les deux tiers de ses acquêts à ses héritiers. Or la mineure de l'intimé est fille & héritiere présomptive du défunt avec les appellantes ses sœurs d'un premier lit. Donc si les qualités de légataire & d'héritier sont compatibles à la Rochelle quand on n'y pourroit rien léguer des deux tiers de ses propres, même à l'un de ses héritiers présomptifs, elle ne laisseroit pas de pouvoir obtenir une part dans ces deux tiers d'acquêts comme héritiere, & l'autre tiers des acquêts avec les meubles, en qualité de légataire.

TROISIEME OBJECTION.

Que la réserve des deux tiers des acquêts, en faveur des héritiers présomptifs au défaut des propres, est une espece de légitime qui ne peut profiter qu'aux héritiers présomptifs, non légataires.

Cette objection est particuliérement fausse dans la Coutume

de la Rochelle qui, comme on vient de le faire voir, permet de donner même au défaut de propres, une partie des deux derniers tiers des acquêts, pourvu que ce ne soit point à d'autres que l'héritier présomptif, ou le conjoint du testateur qui, loin d'être exclus, sont au contraire admis à y participer en vertu d'un legs.

La même objection ne seroit pas plus sérieuse dans la Coutume de la Rochelle dès qu'on y peut être héritier & légataire, quand cette Coutume défendroit, au défaut de propres, d'avantager l'un de ses héritiers présomptifs dans les deux derniers tiers des acquêts, parce qu'elle n'a aucune disposition qui rende l'héritier légataire inhabile à prendre part comme héritier dans ces deux tiers d'acquêts qu'elle réserve au contraire en faveur de tous les héritiers, sans distinction.

Cette objection seroit même erronée dans toutes sortes de Coutumes, où les qualités de légataire & d'héritier ne sont pas incompatibles.

La légitime qui est une quotité de ce que chaque héritier auroit eu dans tous les biens du défunt, s'il n'y avoit point eu de testament, & qui a lieu dans toutes sortes de Coutumes, même dans celles où il n'en est fait aucune mention, est un droit individuel à chaque héritier, qu'un autre héritier légataire ne peut affoiblir : mais il n'en est pas de même d'une réserve coutumiere qui est si peu un droit individuel de chaque héritier, que toutes les Coutumes qui en parlent, y appellent cumulativement tous les héritiers, lesquels par conséquent en peuvent profiter comme d'un bénéfice commun, nonobstant leur legs qui ne supprime point leur qualité d'héritier, & qui n'en anéantit pas les prérogatives dans les Coutumes où les qualités de légataire & d'héritier sont compatibles.

En effet aucune de ces Coutumes ne décide que l'héritier légataire ne pourra rien prendre dans les réserves qui y sont affectées aux héritiers.

Une telle disposition n'auroit pas même de bon sens dans de pareilles Coutumes, d'autant que la compatibilité de la qualité d'héritier avec celle de légataire, n'est utile & nécessaire que pour habiliter le légataire à pouvoir garder sa part d'héritier dans les réserves coutumieres; car à l'égard de tous les autres biens du défunt, on peut les lui assurer par un simple legs, de sorte qu'exclure l'héritier légataire de garder sa part

d'héritier dans les réserves coutumieres par rapport aux Coutumes où les qualités de légataire & d'héritier sont compatibles, ce seroit en effacer cette regle de compatibilité, ou ce qui revient au même, la dépouiller de toute opération & du seul effet qu'elle puisse produire.

QUATRIEME OBJECTION.

Que le défunt n'a pu disposer d'aucune portion de ses acquêts au préjudice des appellants, comme les ayant amendés pendant sa communauté avec leur mere.

Le fait que les acquêts du défunt soient des profits de sa communauté avec la mere des appellantes, n'est point justifié ; en tout cas il seroit indifférent, parce que la Coutume de la Rochelle ne défend nulle part de disposer de cette espece de biens. L'*art.* 279 de la Coutume de Paris, l'interdit aux meres, cela est vrai. On a déja vu que la Coutume de Paris n'a point d'autorité au delà de son ressort ; & il n'y a ni Auteurs, ni Arrêts qui aient étendu aux autres Coutumes cette disposition prohibitoire de la Coutume de Paris, si exorbitante du Droit commun, qu'il n'y a que la Coutume de Calais où l'on trouve une Loi semblable.

CINQUIEME OBJECTION.

Que les Appellantes n'auroient pas leur légitime, si on ne leur laissoit pas en entier les deux tiers des acquêts du défunt.

Cette objection est étrangere à la contestation, parce que les Appellantes n'ont pas déclaré se tenir à leur légitime, & n'en ont point demandé de supplément, au moyen de quoi il est prématuré d'examiner si elles en sont remplies.

Au surplus il est prouvé par les pieces du procès, que tout le bien du défunt ne consiste qu'en 427 livres de rente en acquêts. Or en conservant aux Appellantes, comme a fait la Sentence dont est appel, les deux tiers des deux tiers de 120 livres de rente, il est clair qu'elles auront plus que leur légitime, en déterminant même sa quotité suivant la Coutume de Paris,

c'est-à-dire sur le pied de la moitié de ce qu'elles auroient eu cessant le testament.

M. DE CHAVAUDON, *Rapporteur.*

Me. DES ROCHES, *Avocat*

LA GLAINE, *Procureur.*

ARRÊT
DE LA COUR
DE PARLEMENT,

ENTRE les Officiers du Châtelet & les Juges-Consuls.

Du 19 Septembre 1755.

Pour la page 831 *du premier Volume.*

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE, au premier des Huissiers de notre Cour de Parlement, ou autres Huissiers ou Sergents sur ce requis: Savoir faisons qu'entre François Moreau, Conseiller Honoraire en notredite Cour, & Substitut de M. le Procureur-Général du Roi au Châtelet de Paris, Demandeur aux fins de la Requête insérée en l'Arrêt de notredite Cour du 19 Avril 1734, & exploit fait en conséquence le 22 du même mois, d'une part; & les Juges-Consuls de cette Ville de Paris, Défendeurs, d'autre part; & entre lesdits Juges-Consuls de Paris, Demandeurs en Requête du 11 Juin 1755, d'une part; ledit Moreau audit nom, Défendeur, d'autre part; & entre ledit Me Moreau, Demandeur en Requête du 5 Septembre présent mois d'une part; & lesdits Juges-Consuls, Défendeurs d'autre part: Vu par notredite Cour la Requête & demande dudit Moreau, insérée en l'Arrêt de notredite Cour du 19 Avril

1734, tendante à ce qu'il fût ordonné Commiſſion lui être délivrée pour faire aſſigner en icelle leſdits Juges-Conſuls de Paris, pour voir dire que les Articles 2, 4, 5, 7 & 9 de l'Ordonnance de 1673, enſemble l'Arrêt de notredite Cour de 1698, ſeroient exécutés ſelon leur forme & teneur, en conſéquence qu'il ſeroit fait défenſe auxdits Juges-Conſuls de donner des permiſſions, ſoit ſur Requête ou autrement, pour faire ſaiſir & arrêter, & aſſigner devant eux, ceux ès mains deſquels les ſaiſies auroient été faites, & de connoître de l'exécution de leurs jugements, ſoit par ſaiſies mobiliaires ou immobiliaires, contributions ni autres diſcuſſions & opérations qui pourroient être faites entre les Débiteurs condamnés par leurs Sentences, les Débiteurs ou Créanciers, & à tous Huiſſiers & Sergents de faire des Exploits en pareil cas à peine de 500 livres d'amende, tant contre les Parties, que contre leſdits Huiſſiers ou Sergents, & l'Arrêt à intervenir lu, publié & affiché par-tout où beſoin ſeroit, & leſdits Juges-Conſuls fuſſent condamnés aux dépens. Arrêt dudit jour qui, ſur ladite Requête, a ordonné Commiſſion être délivrée audit Moreau pour faire aſſigner en notredite Cour qui bon lui ſembleroit aux fins de ladite Requête : Exploit de ſignification dudit Arrêt du 22 Avril ſuivant, avec aſſignation auxdits Juges-Conſuls à comparoir en notredite Cour à huitaine pour répondre & procéder ſur & aux fins de ladite Requête, & en outre, comme de raiſon, les défenſes deſdits Juges-Conſuls ſignifiées le 2 Juillet 1734 contre la ſuſdite demande. Autre Arrêt du 3 Septembre 1735, qui, ſur ladite demande & défenſe, a appointé leſdites Parties en droit : Productions reſpectives deſdites Parties en exécution dudit Arrêt d'appointement, leurs avertiſſements des 12 Janvier & 18 Avril 1736 : Contredits de Production dudit Moreau du 13 Mai 1737, ceux deſdits Juges-Conſuls du 30 Juillet 1740, ſervants de Salvations : Les Réponſes dudit Me Moreau du 15 Mars 1749 auxdits Contredits & auxdites Salvations : Production nouvelle dudit Me Moreau par ſa Requête du 19 Mars 1749 : Les Contredits contre icelle deſdits Juges-Conſuls du 27 Janvier 1750, ſervants de Réponſes aux écritures du 15 du même mois de Mars : Productions nouvelles deſdits Juges-Conſuls par leur Requête du 30 Janvier 1750 : Autres Productions nouvelles dudit Me Moreau par Requête du 14 Avril 1750. Les Contredits contre

icelles desdits Juges-Consuls par Requête du 7 Juin 1755 : Requête & demande desdits Juges-Consuls de Paris du 11 Juin dernier, tendante à ce qu'il plût à notredite Cour déclarer le Substitut du Procureur-Général au Châtelet de Paris non-recevable dans ses demandes, ou en tout cas sans s'y arrêter, ayant égard à leur Requête, ordonner que lesdites Déclarations, Arrêts & Réglements concernants les Jurisdictions Consulaires, seront exécutées selon leur forme & teneur, notamment l'Edit du Roi Charles IX, du mois de Décembre 1563 ; la Déclaration en interprétation du 18 Avril 1665 ; la Déclaration de Louis XIII du 4 Octobre 1611 ; les Arrêts de notredite Cour des 3 Décembre 1618, 18 Mars 1620, 15 Mars 1623, 23 Mai 1626, 5 Août 1651, 30 Janvier 1652, 24 Juillet 1666 ; l'Ordonnance du Commerce du mois de Mars 1673 ; l'Arrêt de Réglement du 27 Août 1698 ; les Arrêts des 27 Juin & 7 Juillet 1699, & autres intervenus sur la matiere des Jurisdictions Consulaires ; en conséquence & attendu la plénitude de pouvoir accordé aux Jurisdictions Consulaires, d'instruire & juger les Causes qui sont de leur compétence, aux termes des mêmes Edits, Déclarations, Ordonnances, Arrêts & Réglements privativement & exclusivement à tous autres Juges, faire défenses aux Officiers du Châtelet & à tous autres Juges, d'entreprendre à l'avenir sur la Jurisdiction des Juges-Consuls, & de connoître, sous prétexte de concurrence, des matieres de commerce attribuées à la Jurisdiction Consulaire, & à tous Huissiers d'assigner au Châtelet sur lesdites matieres, à la Chambre Civile ou Foraine, ou en d'autres Tribunaux ordinaires, sous quelques dénominations que ce soit, ou puisse être, à peine de nullité, ou sous telles autres peines qu'il plaira à notredite Cour de prononcer ; maintenir & garder en tant que besoin lesdits Juges-Consuls de Paris dans le droit & possession où ils sont d'accorder les permissions de saisir sur Requête dans les affaires de leur compétence & quand le cas le requiert ; les maintenir pareillement dans le droit & possession de connoître de l'exécution des Sentences & Jugements qu'ils prononcent, hors le cas d'exception porté par les Réglements ; faire défenses aux Officiers du Châtelet de les y troubler, & d'arrêter, suspendre ou empêcher l'exécution de leurs Jugements, de les casser ou annuller, ou révoquer les

assignations qui se donnent devant lesdits Juges-Consuls, & de connoître des emprisonnements qui se font en vertu de leurs Sentences, ni d'élargir les Prisonniers arrêtés ou recommandés en vertu desdites Sentences; & pour l'avoir fait & avoir journellement entrepris sur ladite Jurisdiction Consulaire, les condamner en tels dommages & intérêts qu'il plaira à notredite Cour; ordonner que l'Arrêt qui interviendra sera lu & publié au Châtelet de Paris & affiché par-tout où besoin sera; & condamner le Substitut de M. le Procureur-Général au Châtelet de Paris, ou les Officiers du Châtelet aux dépens; au bas de laquelle Requête, employée pour avertissement, écritures & production sur ladite demande, est l'Ordonnance de notredite Cour qui l'auroit réglé en droit & joint, & donne acte de l'emploi y porté. Sommation audit Me Moreau de satisfaire à ladite Ordonnance, en conséquence fournir de Contredits de sa part à ladite Requête & demande, sinon forclos: Production nouvelle dudit Me Moreau, ès noms, par Requête du 26 Juin 1755. Autre Production nouvelle desdits Juges-Consuls de Paris, par leur Requête du 27 Juin audit an 1755. Contredits desdits Juges Consuls, par Requête du 5 Juillet 1755, contre ladite Production nouvelle du 26 Juin. Autre Production nouvelle dudit Me Moreau, par Requête du dix-huit Août dernier: Requête desdits Juges-Consuls de Paris du 29 Août 1755, employée pour Contredits contre ladite Production du 18 du même mois d'Août dernier: Requête & demande dudit Me Moreau du 5 du présent mois de Septembre, tendante à ce qu'il plût à notredite Cour lui adjuger les fins & conclusions par lui prises, & y augmentant, faire défenses aux Juges-Consuls de donner sur simple Requête des permissions de saisir & arrêter, & de faire assigner devant eux ceux ès mains desquels les saisies auroient été faites pour faire leurs affirmations sur lesdites saisies-arrêts; faire pareillement défenses aux Juges-Consuls de connoître de l'exécution de leurs Jugements, des contestations qui pourroient s'élever à l'occasion des emprisonnements, saisies-exécutions, saisies-arrêts, saisies-immobiliaires, ou autres discussions qui auroient été faites en vertu de leurs Jugements entre telles personnes & sous quelque prétexte que ce soit; comme aussi faire défenses aux Juges-Consuls de révoquer les Assignations données au Châtelet, de les

déclarer nulles, ni de faire défenses de procéder au Châtelet, même en matiere Consulaire; faire défenses à tous Huissiers & Sergents de faire aucuns Exploits dans les cas ci-dessus exprimés, à peine de nullité & de 500 livres d'amende, tant contre les Parties que contre les Huissiers, même d'interdiction contre lesdits Huissiers; ordonner que l'Arrêt qui interviendra, sera imprimé, lu, publié & affiché par-tout où besoin sera; condamner les Juges-Consuls en tous les dépens; au bas de laquelle Requête, employée pour Avertissement, Ecritures & Production sur icelle, est l'Ordonnance de notredite Cour, qui, sur ladite demande, l'auroit réglé en droit & joint, & donné acte de l'emploi y porté : Sommation auxdits Juges-Consuls de satisfaire, de leur part, à ladite Ordonnance, écrire, produire & contredire dans le temps de l'Ordonnance, sinon forclos : les Sommations générales de satisfaire aux Arrêts de Réglement & Ordonnances intervenues en l'Instance : Conclusions du Procureur-Général du Roi. TOUT JOINT ET CONSIDÉRÉ : NOTREDITE COUR ordonne que les Ordonnances, Arrêts & Réglements de notredite Cour, concernant la Jurisdiction des Consuls, seront exécutés; ce faisant, maintient & garde les Juges-Consuls dans le droit & possession d'accorder, sur Requête, des permissions de saisir dans les affaires de leur compétence, & seulement entre les mains des Marchands justiciables de la Jurisdiction des Consuls, avec charge à eux, en cas que les Marchands & Justiciables de leur Jurisdiction se trouvassent devoir pour toutes autres causes que celles du Commerce, de renvoyer en la Jurisdiction ordinaire; comme aussi les maintient dans le droit & possession de connoître de l'exécution de leurs Sentences & Jugements, mais seulement entre Marchands, & pour fait de commerce seulement; & en conséquence, pourront connoître des saisies mobiliaires faites en vertu de leur Jugement, entre le Saisissant & le Débiteur; mais si celui ès mains duquel la saisie aura été faite prétend ne rien devoir, ou s'il se trouve un ou plusieurs tiers-opposants qui ne soient pas créanciers pour fait de marchandises, & dont la créance ne soit point de la Jurisdiction Consulaire, en ce cas, les Parties se pourvoiront pardevant les Juges ordinaires; & les Juges-Consuls tenus d'y renvoyer les contestations qui naîtront, conformément aux Arrêts des trois Juin mil six cent soixante-dix-sept, & vingt-

quatre

quatre Janvier mil sept cent trente-trois : sur le surplus des demandes, fins & conclusions, met les Parties hors de Cour; ordonne que le présent Arrêt sera imprimé & affiché par-tout où besoin sera, & inscrit dans les Registres de la Jurisdiction du Châtelet & de celle des Consuls, tous dépens compensés. SI MANDONS mettre le présent Arrêt à exécution selon sa forme & teneur, de ce faire te donnons pouvoir. DONNÉ en notre-dite Cour de Parlement, le 19 Septembre, l'an de grace mil sept cent cinquante-cinq, & de notre Regne le quarante & unieme. Collationné, SIGONGNE. Par la Chambre,

DUFRANC.

DE CASTELLANIA VERNONIS.

INQUISITIO facta sigillatim à Gaufrido de Capella quod videlicet Dominium quas Justitias Dominus Vernonis habeat in Castellania Vernonis, tam de duello (1), *quàm aliis per Dominium ipsius Castri, & quod Dominium & quas Justitias Dux Normaniæ habebat in Castellania Vernonis, tam de duello quàm de aliis rebus per Dominium Normaniæ, jurati Philippus de Blaru, Petrus de Roncea, Ric. Postel, Nicolaus de Fraxino, Odo de Floriaco, Guillelmus Havart, Galterus Postell. Odo Havart, Petrus de Fay, milites; Nicolaus Luscus, Joannes de Inferno, Joannes de Sancta-Genovefa, Mauritius de Rothomago, Presbyteri; Richardus Cuisant, Roscelinus Juvenis, Richardus Bellus, Guillel. de Gloton, Odo Traccart, Galterus de Longavilla, Rad. Palmar. Omondus de Puteo, Rog. de Cruce, Guimandus Gambardi, Odo de Bizy, Odo de Cruce, Simon Piguet, Petrus Rex, Guillelmus filius Matild. Poffaro, Guill. de Puteo, Mauritius Maillardi, Hugo Agnich, Richardus Balot, Aude & Hubertus, filius Hilarii, & Rad. filiolus, Burgenses.*

Pour la page 887 du premier Volume.

Dicunt omnes quod Dominus Vernonis in tempore suo habebat suum duellum adjudicandum, & tenendum in sua Curia, &

---

(1) *Duellum, id est jus duelli, seu quidquid ad locorum dominos redibat emolumenti ex Judiciis duelli contra milites*, Ducange, sur le mot *Duellum*.

suam Justitiam de suo latrone residente. Et si latro errans esset; Justitia erat Ducis Normaniæ. Habebat etiam Dominus Vernonis omnia alia Placita (1) *& Justitias, excepto placito ensis* (2), *& exceptis recognitionibus; milites* (3) *verò, & illi qui tenent libere de Domino Vernonis, vel de paribus habent suum Placitum, donec sua Placita fuerint abjurata, & duellum adjudicandum in sua Curia, & quando duellum adjudicatum fuerit, & armatum ille ducit illum in Curia Domini Vernonis, & ille in cujus Curia duellum vadiatum, habet emendam de duello. Si vero melleia, vel malefactum, vel maledictum affuerit, emendæ sunt Domini Vernonis, & ubicumque Dominus Vernonis aliquid ceperit de reditu, sive in terris, sive in vineis, sive in domibus, Dominus Vernonis habet venditiones & omnem justitiam: quicumque verò habeat capitales modiatines, sive miles, sive alius, ipse habet venditiones & Justitiam, nisi Dominus Vernonis in illis aliud habeat de redditu: sed dicunt quod Abbas Beccensis nullam habet Justitiam, neque venditiones, nisi non est capitalem modiationem; immò quandò non poterat habere suos census, ipse se clamabat ad Dominum Vernonis & ipse ei reddi faciebat census suos sine emenda. Et ubi habet modiationem capitalem, dicunt quod numquàm viderunt super hoc Placitum tenere, neque emendam levare, & ideò nesciunt utrum Abbas emendam habere debeat, an non; Dominus Vernonis habet auxilium pro filio suo primogenito faciendo Milite* (4), *& de prima filia sua maritanda, & de prima redemptione corporis sui capti de guerra Domini sui, & quandò Dominus Vernonis ibat in exercitum cum Duce Normaniæ, Dux ei dabat tale auxilium quale Dux volebat, & illud auxilium capiebat in iis locis apud Vernonell.* Chantereine, à la Croix Bardell. Gameliac, *in valle de Acouill. citrà rivum in vico Norman. de Blarru. Si autem aliquis homo destructus fuerit per judicium, sive sit fugitivus, sive bannitus, Dux Normaniæ habet proventus totius terræ suæ per unum annum; & ille de cujus feodo terra movet,*

---

(1) *Placita, id est*, Plaids-Généraux. *Hugo Flaviniacensis in Chronica, p.* 132.

(2) *Placita Mensis*, Haute-Justice, *quæ habet jus gladii. Vid. Arresta ann.* 1258, *in primo Regesto Parlamenti Parisiensis, fol.* 18, *sub ann.* 1259, *Placitum ensis, seu alta Justitia.*

(3) *Miles, nobilis.*

(4) *Facere Militem*, créer quelqu'un Chevalier.

habet terram post annum. Dominus Vernonis habebat auxilium de feodis loricæ quæ ab eo tenebantur, quandò Dux Normaniæ sibi, & aliis militibus donabat auxilium.

Certifié conforme à l'original du Registre de Philippe-Auguste, qui est conservé à la Bibliotheque du Roi, sous le n°. 9852. Fait à la Bibliotheque du Roi, le 17 Août 1737.

Signé, SALLIER, Garde de la Bibliotheque.

Fin des Pieces Justificatives.

TABLE
DES MATIERES.
A.

B.

C.

D.

D.

E.

F.

G.

H.

I.

J.

L.

M.

N.

O.

P.

R.

S.

D'Argentré

T.

U.

V.

Fin de la Table des Matieres.

DE JURE
QUOD ORITUR
EX STATUTORUM
VEL CONSUETUDINUM
DIVERSITATE

INDEX

Titulorum & Capitum quæ in Tractatu Rodemburgii, cui titulus est, de Jure quod oritur è Statutorum diversitate, *continentur.*

TITULUS PRIMUS.

TITULUS SECUNDUS.

TITULI SECUNDI

PARS ALTERA.

TITULUS TERTIUS,

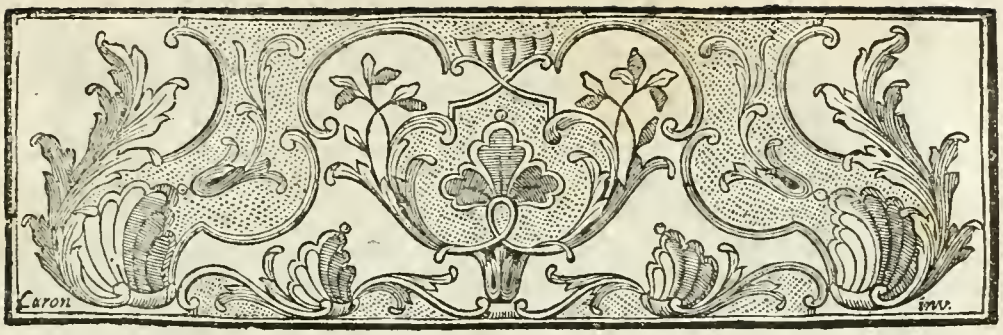
PARS PRIOR.

TITULUS QUARTUS,

PARS ALTERA.

FINIS.

DE JURE



DE JURE
QUOD ORITUR
EX STATUTORUM
VEL CONSUETUDINUM
DIVERSITATE.

TITULUS PRIMUS.

De Statutis personalibus ac realibus.

CAPUT PRIMUM.

Veterum Scriptorum de Statutis excutitur opinio.

QUONIAM apud nos Civitates fere singulæ, nedum Provinciæ, suas easdemque inter se diversas leges ac instituta tulêre, fit ut hujus loci quæstiones occurrant multiplices, per totum hunc tractatum se diffundentes. Proinde recte atque ordine facturum me puto, si in ipso statim limine, ne sequentium series sæpiùs interrumpatur, continenti scriptione materiam in universum excussero. Cæterùm cùm perpaucæ exstent Regiones, quæ Jure scripto regantur, quo per matrimonium in viri potestatem non transit uxor, de maritali in universum

potestate, usus hæc tractatio rarioris est; crebrioris illa, quæ super effectibus ejusdem instituitur, prout per cujusque Regionis mores laxior ea viget, aut restrictior. Alibi enim, ut apud Hollandos, potestate præfulget maritus longe amplissimâ, quorumlibet propriorum, uxoriorumque bonorum liberrimâ dispositione gaudens, ademptâ uxori, utrorumque administrandorum potestate. Alibi (ut apud nos civicâ lege cautum est) in immobilibus alienandis uxorio consensui alligata potestas est, si communem ex ea prolem non sustulerit maritus, quod apud Amersfurtienses indistincte obtinet, liberis ad hoc nihil proficientibus. Est, ubi conjuges eâ lege tenentur, ut ne vel tantillum sibi invicem queant gratificari citra mutui ususfructus causam, quod & lege Civitatis nostræ expressum est. Apud Hollandos contrà liberrimam sibi invicem gratificandi potestatem conjuges habent. Sua porrò cuique regioni peculiaria Jura multa sunt, longissime inter se diffidentia. Proinde summopere scire attinet, ad quod Jus cujusque loci, super conjugum Jure, oporteat respicere. Quod haud recte expediveris, nisi universum illa explicueris Jura, quæ à Statutorum vel Consuetudinum excitantur diversitate. Tractandus itaque locus venit in foro nobilitatus, utqui maxime: quo dignior quoque materia est, in qua studiose à nobis ponatur opera, præsertim quod in universum ac certo ordine, quod sciam, qui tractaverit hoc argumentum, habeamus neminem. Controversias tamen quasdam hùc spectantes, omnium copiosissime, & quod caput rei est, felicissime persecuti sunt, duo præstantissima Jurisconsultorum ingenia, Argentreus in opere illo erudito quod scripsit ad Consuetudines Britanniæ, & Burgundus in perpolito illo libello, quem concinnavit ad Consuetudines Flandriæ, cujus notæ utinam publico edolâsset plura. Fecêre id ita, ut hic cum illo conveniat in multis: plura tamen sint in quibus discrepent. Et quidem ut ipsam rem aggrediar, alia veterum, alia recentiorum hujus materiæ tractatio fuit. Bartholus *ad lib.* 1, *cunctos Populos*, *C. de Sacrosancta Trinitate*, penes quem fere superiori ævo fori regnum fuisse videtur, in ea opinione est, ut existimet interesse quâ orationis structurâ Statuta concinnentur, ex verborum inversione, aliud atque aliud de eorumdem conditione judicans; ut si sic habeat statutum: *primogenitus capiat bessem*, statutum tanquam à persona oratione incipiens, personale sit: ita autem conceptum: *bes capiatur à primogenito*, à rebus sumpto orationis initio statutum reale evadat, haud aliter ac si verba potiùs, quàm mentem Legislatoris oporteat inspicere, quasique referat quo ordine scribatur statutum, cùm mens statuentis sit in aperto. Quare recte jam pridem explosa est illa Bartholi sententia, aliorumque qui eundem velut antesignatum ex veterum cohorte sequi amant, quorumque seriem exhibet Thesaurus, *Quæst. Forensium*, *lib.* 2, *quæst.* 4, *n.* 4. Igitur & nos valere jusso tam futili verborum aucupio, ad Recentiorum descendamus placita,

quæ eo fere consonanter vergunt, ut inspici velint, utrùm statuta realia an personalia, aut etiam (quæ adjectio Argentrei est) an mixta sint: verùm quæ pro personalibus, quæ pro realibus habenda sint, in eo est ut videas ipsis hærere aquam, in eoque explicando tantopere desudant Argentreus, Burgundusque, ut hoc sibi argumentum tanquam in theatrum elegisse videantur, in quo vires ingenii ostentarent. Ego rem omnem hoc ordine conabor evolvere, ut primo Statutorum instituturus sim divisionem, tum quæ eorum personalia, quæ realia dicenda sint; deinde quæ Juris diversitas utraque inter obtineat, quâque ea nitatur ratione; ac postremo agitatas in foro quæstiones, eo servato ordine, quem Statutorum illâ divisione induxero, singulatim excussurus sim.

CAPUT II.

De divisione Statutorum, ac prætereà quæ personalia, quæ realia sint, & num dentur mixta?

ENIMVERO ad varias mihi Statutorum ac Consuetudinum dispositiones diligentius aspicienti, commodissime quælibet eorumdem genera ad tria capita vel classes redigisse videor.

Aut enim Statutum simpliciter disponit de personis;
Aut solummodo de rebus;
Aut conjunctim de utrisque.

Quæ ita constrictim dicta sic habentor explicatiùs:

Aut universus personæ status, aut conditio in dispositione statuti vertitur, citra ullam rerum adjectionem, adeoque de personis agitur in abstracto, absque ulla consideratione rerum, ut, verbi gratiâ, *quoto quis ætatis anno sui Juris sit, quando exeat parentum potestate*, de quibus & consimilibus exemplis mox fusiùs.

Aut in solas nudasque res statuti dispositio dirigitur, ut nullum intervenire necesse sit actum hominis, aut aliquam concurrere personæ operam; cujusmodi sunt, quibus rerum successionibus ab intestato Jus ponitur, ut bona materna cedant maternis, paterna paternis, nothi succedant matribus, non succedant patribus, quando succedatur in stirpes, quando in capita; quæ Jura successionum ab intestato appellaveris.

Aut permittit denique, vetat, aut ordinat actum à personis circa res peragendum, ex utriusque complexu constructum Statutum, contra quod, ut queat committi quippiam, personæ actum intervenire necesse est. Quò pertinent. Sine indulto Principis de rebus suis nemo testator; conjuges sibi invicem non leganto; vir citra consensum uxorium res soli non alienato.

Factâ Statutorum divisione, illud inquiri consequens est, unde dignosci oporteat, reale dicendum Statutum sit, an personale: à qua nota discriminis, quæstionum ferè singularum pendet definitio. Et quidem, si bene calculum pono, spectanda mihi videtur subjecta Statuti materia, adeoque non cui quid vetatur, aut permittitur, aut quâ ratione cujusve personæ intuitu id fiat: verum illud ipsum duntaxat, quid qualeve sit, quod in prohibitionem, permissionem, aut dispositionem Statuti ceciderit; ut si personæ status, qualitas, aut conditio, cui lex in universum ponitur, sola sit in Statuti dispositione, citra ullius actûs à persona exer-

cendi mentionem, Statutum haud dubie personale sit habendum, ejusque notæ sunt illa, quæ in primo divisionum membro collocavimus. In rerum vero successiones scripta Statuta mere realia sint. Certo denique actui, persona gerendo, si præfigatur lex, intersit utrùm ad personarum pertineat statum, aut turbet earum conditionem, an non: ut illo casu ad personalia Statuta spectet lex, de qua capite sequenti: hoc vero casu, natura actus, ac qualitas veniat in considerationem, ut si realis sit actus, quales sunt rerum alienationes, realium numero, sin personalis, qualis est contrahendi potestas, personalium classe Statuta veniant; adeoque tum non spectandam personam, de cujus actu Statuto disponitur, aut rationem, quæ à qualitate personali forsan ducta Statuto causam dederit, sed denominationem desumendam esse ab objecto vel actu; ad quem applicatur personæ vel inhibita vel permissa agendi facultas. Argumentum præbente Imperatore *in § final. Inst. de Jure nat. gent. & civ.* ubi cùm omne Jus pertinere tradidisset ad personas, res & actiones, personalia Jura vocat, quæ personale, realia quæ reale subjectum vel materiam, circa quæ versantur, habent; realium numero ac classe reponens ea, quæ circa rerum acquisitiones, tum inter vivos, tum ex testamento, & ab intestato occupata sunt. Quibus nec abludit actionum personalium & realium appellandarum ratio; prout namque objectum earundem est, vel personæ obligatio, vel Jus in rem, sortiuntur nomen: ac præterea rationis esse videtur, ut potiùs à re, quam vetant, aut prohibent, aut personæ statu quam afficiunt, æstimentur Statuta, quàm ab eo quod non perinde, aut æque principaliter, in dispositione fuit. Quare ubi secundùm hanc notam de singulis speciebus ferre libuerit judicium, licebit animadvertere, (si quid hoc quoque ad rem facit) ut omnium prope definitio crebrioribus Doctorum calculis sit evasura, consentiens. Verùm antequam excutiatur à nobis, quid Juris, cujusve loci in utroque Statuti genere spectari conveniat, tertium, quod Argentreus, acerrimi vir judicii, duobus superaddit, mixtum nempe, primum expendamus. Et ille quidem mixtum Statutum esse existimat, cùm personarum qualitas aut conditio, Jus aut Statuti conditionem alterat, ut si paganos ex æquo feuda dividere, Nobiles ad primogenitum transmittere constitutum sit. Verùm recte eo nomine reprehensus à Burgundo, *d. tract.* 1, *n.* 1, quod illud demum mixtum dici queat, quod tam de personali, quàm de reali participet, adeoque ex complexu utriusque constructum sit. In personæ autem statum, aut personales actiones, Statutum hujusmodi dispositionem non dirigit: circa rerum successionem vim consumit omnem: quæ quamvis aliter atque aliter pro personarum qualitate aut conditione dividantur, Jura tamen de his lata successiones dirigere non desinunt reales; cùm non à ratione vel causa, quæ rerum successiones ordinat, sed ab ipso objecto, ipsaque re in dispositionem deducta, Statuta personalium aut

realium nomen induere ante oſtenſum ſit. Sed haud feliciùs illo, aliud mixti genus Burgundus ſubſtituiſſe videtur, dum mixtum rectiùs haberi putat Statutum, quo minori vetatur bona ne alienet, eique orationi hoc ſubeſſe perſonale, quod & ſcripta ſit in mobilia, quæ conſtat ex perſonæ domicilio legem accipere, ut tum perſonæ rebuſque juxta poſitum Jus eſſe dixeris, *d. tract. n.* 2, verùm contra, reale ejuſmodi Statutum eſſe, non eſt quod dubitemus: res mobiles enim æque atque immobiles rerum appellatione venire quis negaverit, ac perſonalium quidem Statutorum munus in eo poſitum eſſe, ut de ſtatu perſonæ tractent, aut actus dirigant perſonales, ipſemet paulò ante tradidit Burgundus, quorum tamen neutrum in allatum à ſe exemplum cadit. Nec aliud Statuti genus comminiſci nos illud cogit, quod mobilia extra territorium exiſtentia Statuti diſpoſitione contineantur, realia autem Statuta non ſoleant excurrere ulteriùs, quàm ſeſe territorii limites protendant: quæ dubitandi ratio tranſverſum egit Burgundum. Mobilia quippe illa non ideo ſubjacent Statuto, quod perſonale illud ſit, ſed quod mobilia certo ac fixo ſitu carentia, ibi quemque ſitum velle habere, ac exiſtere intelligimus, ubi larem ac fortunarum fixit ſummam. Quare quodcunque domicilii Judex de mobilibus ſtatuerit, non ideo in alibi exiſtentibus obtinere dixeris, quod vires extra territorium porrigat Statutum, nedum quod perſonale ſit, ſed quod in domicilii loco mobilia intelligantur exiſtere. Unde nec ſatis demirari queo Argentreum Statutum mobilibus indictum vocantem perſonale, haud bene memorem datæ à ſe paulò ante deſcriptionis, quâ perſonalia ea eſſe docuit Statuta, quibus de perſonarum univerſali Jure, ac conditione, ab omni materia reali ſeparata diſponitur. Quæ utique definitio Statuto, de mobilibus concepto, neutiquam congruit. Ut evidenter appareat ſummam Statutorum diviſionem in duo genera deduci, ut alia perſonalia, alia realia, nulla mixta ſint.

CAPUT III.

De effectu Statuti personalis & realis, ac ratione ejusdem; ac præterea quid Juris iis in legibus, quæ non in abstracto de personarum conditione latæ, sed in actus certos conceptæ statum tamen personarum turbant.

SUMMARIUM.

I. *Nullum Statutum alterius territorii prædia afficere.*
II. *Prohiberi potest subditus, ne quid faciat extra locum statuentis.*
III. *Speciatim, ne potet prope territorii limites.*
IV. *Quare Statuta personalia vim exerant extra territorium.*
V. *Indirecte lex ponitur rebus constitutis alibi.*
VI. *Statutum, quod vetat contrahere, personam comitatur ubique.*
VII. *Statutum, quo viduæ minorenni alienare vetitum est sine curatore, pertinet ad statum personæ.*
VIII. *Statutum Trajectinum, quo mares, qui octodecim, necdum tamen viginti annos habent, contrahunt, non alienant, personale est, ac territorium egreditur.*
IX. *Venia ætatis, in loco domicilii plenissime impetrata, se porrigit ad contractus ac alienationes, ubicunque locorum peragendas.*
X. *Qui potest alienare, potest & contrahere, non contra.*

STATUTA realia inter & personalia hoc interest, quod illa in res scripta territorii sui concludantur metis, hæc extra eas vim & effectum protendant. Quod posterius, quoniam in tractatu illo sæpe jam laudato, sæpe laudando, de effectibus duntaxat personalibus exaudiat Burgundus, ostendemus, ubi ad singulas pervenerimus quæstiones, quàm parum recte à communi scribentium placito, in eo diversus abierit. Nunc illud videtur aperiendum, quâ ratione innitatur Juris hæc diversitas; ne si illam prætermiserimus reddere, ut contigit plærisque aliis, subtilitate magis quâdam, quàm solidâ veritate, disputasse arguamur. Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini, idque si fecerit quis, impune ei non pareri: quippe ubi cesset Statutorum fundamentum, robur ac Jurisdictio, *Lib. final. ff. de Jurisdict.* Nullum igitur Statutum, nullam loci consuetudinem directò res alieno solo inhærentes afficere, quin nec personas sibi subditas aliò loci contrahentes suis posse legibus adstringere, uti nimirum ea res fraudi sit alii, qui ad loci mores, ubi secum contractum est, respexerit, Judexve alterius loci domesticas con-

I. Extra territorium, quando Jus dicatur.

trahentium leges ſequi habeat neceſſe, aut pati ut ſuo territorio leges ponantur aliunde. Illud quidem placitum eſt, poſſe Judicem ſubditis vetare, ne quid faciat alieno in territorio, ob plenam forſan, quam in eos habet puniendi poteſtatem, vel ex tacito ſubditorum conſenſu, qui eo ipſo, quod ibi domicilium foveant, ſtatuentium Juriſdictionem quodammodo videantur prorogaſſe, ut vult Peck. *de teſtament. conjug. lib.* 4, *cap.* 28, *num.* 8, *in med.* & in eam ſententiam & nos aliquando reſpondimus. Amersfurtii puta, Rectoribus licuiſſe prohibere ſubditis, ne prope territorii limites eant potatum, eove pacto vectigalia oppidi imminuant: cujuſmodi ſpeciei meminit Burgundus, *Tract.* 5, *num.* 8. Cæterùm ſolas ſubditorum perſonas, ne potent eò loci, illa concernit prohibitio; ad contractus alibi ineundos, extraneorum adſpectu, non pertinet, nec legibus circumſcribit actum extra territorium geſtum, ut iiſdem judicentur & exteri. Proinde ſit hæc regula, perdere omnino officium in alterius Juriſdictione, alterius Legiſlatoris Statutum. Quid igitur rei in cauſa eſt, quod perſonalia Statuta territorium egrediantur? Unicum hoc ipſa rei natura ac neceſſitas invexit, ut, cùm de ſtatu ac conditione hominum quæritur, uni ſolummodo Judici, & quidem domicilii, univerſum in illa Jus ſit attributum: cùm enim ab uno certoque loco ſtatum hominis legem accipere neceſſe eſſet, quod abſurdum, earumque rerum naturaliter inter ſe pugna foret, ut in quot loca quis iter faciens, aut navigans delatus fuerit, totidem ille ſtatum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hîc ſui Juris, illic alieni futurus ſit; uxor ſimul in poteſtate viri, & extra eandem ſit; alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi; ac præterea quod perſona certo loco non affigeretur, cùm res ſoli loco fixæ citra incommodum ejuſdem legibus ſubjaceant, ſummâ providentiâ conſtitutum eſt, ut à loco domicilii, cui quis larem fovendo ſe ſubdiderit, ſtatum ac conditionem induat: illis Legiſlatoribus, pro ſoli ſui genio, optime omnium compertum habentibus, quâ judicii maturitate polleant ſubditi, ut poſſint conſtituere, qui eorum, ac quando ad ſua tuenda negotia indigeant autoritate. Hæc igitur perſonarum qualitas ac conditio, ubi venerit applicanda ad res aut actus alterius territorii, jam indirecte, ac per conſequentiam vis illius perſonalis Statuti extra ſtatuentis, pertinget locum: cùm & aliàs non inſolitum ſit multa indirecte permitti & per conſequentiam, quæ directe & expreſſim non valerent. Nec eſt quod quemquam turbet, quod & illa Statuta extra territorii limites diximus excurrere, quibus nominatim ſtatus hominum in univerſum non diſcutitur, quæ in incertos perſonales actus à perſona exercendos, prohibendo eos aut permittendo, concepta ſunt. Quippe rem penitiùs introſpicienti palam fiet & ea Statuta pertinere ad hominum ſtatum, eundemque plane diſcurrere: quoties enim ad actus perſonales dirigitur Statutum, ut cùm contrahere vetamur (quæ

II. Subdito prohibetur, ne quid faciat alterius in territorio.

III. Item ne potet prope limites.

IV. Quare perſonalia Statuta ubique vim exerant.

V. Indirecte ad res alterius loci Statutum pertingit.

VI. Statutum, quod prohibet alicui contrahere, cujuſmodi?

(quæ enim contractuum materiam aut formam, non contrahentium habilitatem concernunt, huc non pertinent, de quo perpulchra sunt quæ habet Burgundus, *Tract.* 4,) nulla dubitatio est personæ statum ac conditionem affligi, quod interdicto per hoc rerum commercio persona alterius tutelæ supponatur, alio rebus suis interveniente, ac consequenter nullibi non hujusmodi obtineat Statutum. Nec statuendum aliud de casu converso, quo per Statutum non vetatur alicui, sed permittitur contrahere, ut cùm viduæ minorenni contrahere licitum est, alienare sine curatore non est, vel cum annos supra octodecim, infra tamen viginti habentibus maribus contrahendi facultas conceditur, alienandi sine curatore non conceditur, ut patriâ lege expressum est. Quantum enim ad alienationis prohibitionem attinet, eam ubique personam secum circumferre putaverim, quod & hæc res pertineat ad personæ statum eundemque omnino turbet, cum eo ipso quod quis curatorem habeat, sine quo non alienet, qui necdum Juris, necdumque perfectæ ætatis dicendus sit, sed plane in eadem constitutus causa, quâ minores apud Romanos erant, qui non alienabant: & utcunque contrahendi facultatem haberent, læsi tamen ætatis auxilio juvabantur, quo perfectæ ætatis apud illos gaudet nemo. Idem de contrahendi illa licentia Juris esto, quâ apud nos appropinquanti legitimæ ætati paulo ante præluditur, ut secundùm specimina, quæ de sua minores ediderint industria, videatur postmodum num rerum administratio tutò ipsis sit committenda, ejusque opinionis est Burgundus, *dicto tract.* 1. Quare & data à domicilii majestate ætatis venia ubique vim exerit; non tantum si ad contrahendum impetrata sit ut Burgundus putat, *d. tract.* 1, *n.* 12 *& seq.* verum etsi eo amplius alienandi fuerit obtenta facultas; ejusque rei rationem habemus hanc manifestam, quod pleniore hac veniæ datione persona tutelâ omnino exeat, adeoque ejus perficiatur status, cujus perfectionis virtute ubivis locorum & contrahit & alienat efficaciter, ob potestatem plenam, quam judici domicilii in personarum statum indultam esse, ex communi scribentium placito supra adstruximus. Tandem his addatur & illud: mancipare qui possit, eundem & contrahere posse: cui enim plus licet, ei utique licere debet quid minus est: ut maxime mirandum foret, quod mirum videri non debere putat Burgundus, *d. tract.* 1, *n.* 2, personas mancipare quidem posse, contrahere non posse, nec mores Alostensium, quos advocat in probationem, hunc astruunt casum, sed è diametro conversum, viduam nimirum minorennem contrahere quidem posse, alienare vero aliter quàm adjuncto sibi tutore, non posse: cùm contra ipsi probandum foret alienandi facultatem habere, qui non habeat contrahendi. His intellectis expeditas putaverim difficultates, quæ multos Interpretes implicitos habuerunt.

VII. Quod alienare.

VIII. Quale Ultrajectinum.

IX. Venia ætatis ubique locorum effectum producit.

X. Qui alienat, contrahit, non è contra.

TITULUS SECUNDUS.

De Jure quod oritur ex Statutorum diversitate, immoto manente personarum domicilio.

CAPUT PRIMUM.

De Juris illâ diversitate circà Statuta personalia.

SUMMARIUM.

I. *Minor apud Hollandos utrùm valide contrahat Ultrajecti, si ea sit ætate quæ ibidem perfecta est?*

II. *Idem num alienet bona Trajectino in solo posita, aut Ultrajectinus domi major, infra vero legitimam Hollandorum ætatem, bona apud nos sita? excussâ late Burgundi opinione.*

III. *Utrùm mulieri, quæ per leges domicilii clam virum non contrahit aut alienat, fas sit idem peragere in territorio contrariis legibus obnoxio?*

IV. *Num prodigus, cui bonis apud nostrates interdictum est, recte contrahat aut alienet alibi?*

STATUTA duorum generum esse diximus, alia personalia, alia realia. Nunc, ad utrum eorum controversiæ referendæ sint ut excussum eamus, ordinis ratio postulare videtur. Personalium Statutorum classe (nam de iis dicendum est primò) reponimus ea Jura, quæ personarum statum aut conditionem afficiunt: cujusmodi sunt:

Major esto qui vigesimum impleverit annum.

Patriâ potestate exeunto, qui uxorem duxerit.

Uxores sub potestate virorum sunto.

Prodigi, quibus propalam bonorum administratione interdictum est, semet obligandi, aut cum alio contrahendi potestatem non habento.

De quibus & consimilibus id Juris est, ut quocunque se transtulerit persona statuto loci domicilii ita affecta, habilitatem aut inhabilitatem ademptam domi, circumferat ubique, ut in universa territoria suum Statutum exerceat effectum. Apertius rem intuebimur in exemplis. Ultrajecti sui juris efficiuntur qui vigesimum ætatis annum impleverint, apud Hollandos contra, ante vigesimum quintum rebus suis nemo intervenit. Apud utrumque populorum nupta citra viri consensum à rebus gerendis arcetur. In Regionibus, quæ Jure Romanorum hîc utuntur, commerciis gaudet uxor liberrime, potestati virili non supposita. Fac autem Ultrajectinum, qui vigesimum quintum ætatis annum necdum habuerit, contrahere in Hollandia: aut è contra Hollandiæ incolam vigesimum jam annum egressum, Ultrajecti: aut nuptam nostratem contrahere in regione Juris scripti, aut è contra. Quocumque modo se casus habuerit, contrahentium erit respicere ad suum cujusque domicilii locum, impressamque ibidem personæ qualitatem, aut adeptam domi conditionem, cujus ignarus non sit oportet, qui cum alio volet contrahere. Quare Hollandiæ incola major Ultrajecti, minor apud suos, contrahit apud nostrates invalide. Contra, Ultrajectinus lege domicilii major contrahit in Hollandia efficaciter, ut maxime ex more regionis istius rerum suarum necdum haberetur compos. Uxores domi sub maritorum potestate ita constitutæ, ut sine iis nec alienent nec contrahant, nullibi locorum hanc incapacitatem exuunt. Cùm mulieris contra Juri scripto obnoxiæ contractus, apud nos celebratus, consistat omnimodo. Et quidem si ad personales actus, contractus puta, personæ applicetur habilitas, Argentrei, Burgundique, (quos Jure præcipui hîc semper nomino) cæterorumque scribentium placita sat consentiunt. Cæterum si realis à persona peragendus sit actus, ut si de rei quæratur alienatione aut mancipatione, aliud à reliquis traditum ivit Burgundus, negans ad immobilium alibi sitorum mancipationes Statuta personalia vim suam exerere, ut ubicunque sufficerit ipsi, si mancipans in ea fuerit conditione, quam bonorum situs requisiverit, allatisque in eam rem exemplis intrepide affirmat civem Gandavensem ætate minorem, vigesimum tamen egressum annum feuda Hannonica rectè mancipare, quando hæc ætas legitima sit & competens, quæ in Hannonicorum feudorum alienatione requiritur, *d. tract. n. 7 & seq.* Mulierem itidem quæ sine auctoritate mariti domi obligari nequit, foris tamen alienare posse bona contrariis legibus obnoxia, adeoque contendit mixta hujusmodi esse Statuta, ex realibus & personalibus conflata: personalia, quâ ad contractus, realia, quâ ad alienationes personæ status & conditio, quæ in dispositione Statuti est, sit applicanda. Verum enim vero, operose quamquam, & eleganter disputet in istam sententiam vir apprime doctus, vereor tamen, ut nequicquam vires ingenii intenderit. Personæ enim status aut conditio, cùm tota sit in manu Judicis, cui ratione

I. Minor apud Hollandos num contrahit efficaciter apud alios ubi major est?

domicilii persona subjicitur, ut ille de ejusdem ad actus civiles statuat habilitate, frustra erit qui ad personales duntaxat actus id restrictum iverit, adeoque potissimâ sui parte sustulerit, quod ante posuisset: reales quippe habilitatis effectus cæteris longe sint illustriores. Quid? Minor Hollandus in Trajectinarum rerum alienatione major, in Hollandarum habebitur minor, eodem tempore ejusdemque rei adspectu & sui Juris, & nec sui Juris futurus, ut vel invitissimo curatore in vicinam se transferat Provinciam, quò se bonis ibidem sitis evertat. Quid? de rebus Ultrajecti positis subsistet alienatio, de iisdem irritabitur contractus? Cum Jure nostro contra se res habeat, ut de quo concessa est alienatio, de eo utique & liceat contrahere, cui vero contrahendi denegata facultas est, ei ut alienandi permissa sit potestas, nec Juris, nec rationis est, quæso quis rationis esse dixerit ut uxor mea (altero utar exemplo) cujus in personam patrio more nulla cadit obligatio, alibi ubi Jure scripto vivitur, constituta bona alienet: atqui satis est (inquit Burgundus) ad rerum situm se componere quicunque alienare intendit, quod alienæ rei legem imposuerit nemo. Recte id quidem si de alienationis agamus solemnibus, aut rebus speciatim impressis legibus. Cæterum personæ habilitas, quam à statu ejus metimur, quæque imprimis ad actus cujuscunque desideratur validitatem, personale negotium est; super quo, ut domicilii Judici statuendi Jus sit, necesse est. Unde cùm aliud hîc ab Ultrajectinis legibus Hollandorum constituant Statuta, palam est suas cujusque domicilii leges inspici oportere. Quare nec prodigo, cui à Judice domicilii bonis interdictum est, integrum erit in vicinam se transferre Hollandiam & bonis ibidem sitis semet exuere. Vulgatum sic à tutore desumptum argumentum, cujus datio se protendit ad bona ubicunque sita, frustra Burgundus hoc pacto conatur eludere, quasi permultum interesset administrationem inter & ipsa bona, quod administratio munus sit personale, quæ bonorum conditioni non miscetur, sed ad fructus duntaxat pertinet, quæ mobilium reponuntur loco. Ne enim ille intra fines nimis angustos tutoris coercuerit officium, cùm & ipsam rerum pupillarium distractionem constet spectare ad tutorem, nec tradere, alienare pupilli, sed tutoris sit, qui alienandi partes omnes nomine ejus expleat, causâ duntaxat ante Judici probatâ. Quare cùm tutelæ administratio complectatur & ipsas bonorum alibi sitorum alienationes, & illud sequi necesse est etiam ad easdem porrigi leges personæ statui aut conditioni indictas. Tandem ne nimius sim; eo ipso quod adimat Burgundus minori ubicunque locorum contrahendi aut semet obligandi potestatem, evincitur & nullibi alienationes ejusdem consistere, quod constet nudam simplicemque rei alienationem operari omnino nihil, nisi contracta quoque causa ad alienationem aut traditionem habili, *L. nunquam 31, in princip. ff. de acquirend. dominio.* Proinde cùm contrahendi potentiæ lex

II. Minor Hollandus an valide alienet bona nostratia. Major Trajectinus alienat res sitas apud Hollandos, per quorum mores esset minor.

III. Uxor Trajectina non alienat bona sita alibi.

IV. Prodigus Trajecti declaratus num contrahat, aut bona alienet apud Batavos?

resistat, nec titulus tribui poterit aut causa contrahi ad alienationem idonea, non hactenùs tantum quod personaliter non afficiat alienatio, ut evictione factâ ad id quod interest, nulla teneat obligatio ut Burgundus putat, sed quod ex nuda illa mancipatione destituta causa, quam minor non poterit contrahere, nec ipsum abdicetur dominium. Quin & illud addatur ex Burgundi effici sententia, Hollandum, si se contulerit Ultrajectum, recte sua bona alienare, procuratori vero si mandaverit (en diversitatem Juris in re non diversa) ut suo nomine mancipet, alienationem esse inutilem : eo quod personalis sit obligatio, quæ ex mandato contrahitur, ex invalido autem mandato non subsistat alienatio : adeoque sequeretur ab ipso minore recte peractam iri alienationem, quæ per alium ejus nomine nequiret expediri. Sit igitur horum omnium summa conclusio, mulierem, minorem, prodigum in loco domicilii in potestate aut curâ constitutos caput eidem nullibi posse subducere, ne quidem in fundorum alibi sitorum mancipatione. Atque huic sententiæ calculum videtur adjicere Argentreus, *ad art. 218, gl. 6, n. 46, versic. sequitur consideratio*, accurate quanquam reales habilitatis effectus, à personalibus haud discriminet, & post visus Louët *en ses Arrêts, lit. C. num. 42*, prolato in sententiæ confirmationem arresto, & quoad prodigum, nostras Montan. *de Tutel. cap. 28, n. 40.* Ac consequenter dicendum est Hollandorum, nostratium & aliorum quorumcumque alieno in territorio, tam mancipantium, quàm contrahentium conditionem metiendam esse à loco domicilii, legem inde capientium, quocunque locorum id egerint.

CAPUT II.

De Juris diversitate circa Statuta mere realia.

SUMMARIUM.

I. *Bona dividuntur ex lege loci ubi vel sita sunt, vel existere intelliguntur, & quid si pluribus quis locis habeat domicilium.*
II. *Reditus hypothecæ innixi perpetui temporalesque juxta immobilibus annumerantur.*
III. *Annumerantur iisdem & reditus qui debentur à Provinciis, Civitatibus, aut Municipiis hactenùs, ut in successionibus dijudicentur à lege loci ubi debentur.*
IV. *Exterus uxori relinquens reditus à Provincia nostra debitos frustra est.*
V. *Eosdem reditus constringi constitutione Carolinâ, quâ vetatur minor immobilia relinquere curatori.*
VI. *Singulare Jus Hollandiæ refertur.*

I. Bona dividuntur de lege loci ubi sita vel existere intelliguntur.

VENIO ad secundam Statutorum classem, quæ de ejus notæ Statutis est, quibus Jus ponitur rebus citra ullum actûs à persona peragendi interventum, quæ quidem Jure præcipui ac mere realia sunt : cujusmodi appellamus ea, quæ de modo dividendarum ab intestato hæreditatum tractant, territorium non egredientia : conspirant enim eò vota fere omnium, bona ut dijudicentur suâ lege loci, in quo sita sunt, vel esse intelliguntur : videantur Joannes à Sand. *Decis. Frisic. lib. 4, defin. 7, tit. 8.* Freder. à Sand. *ad Consuet. Feudales Geldriæ, §. 4, de veris hæreditar. ac non hæreditar. success. differ. n. 9, & multis seq.* Burgund. *d. tract. 1, n. 35,* aliique quos in unum congerere labor foret inutilis. Nec alia hac in parte mobilium rerum causâ, alia immobilium est : quod enim mobilia dividantur ex more loci, ubi dominus fovet domicilium, fit ideo, quod ibidem sita esse existimentur, non quod Statutum evadat personale, ut fusiùs disseruimus supra. Itaque ut exemplis illustrioribus apud nos rem adstruam. Bona Ultrajecti sita, ex lege loci, parentibus, in Hollandiæ locis compluribus constituta, fratribus & sororibus, ascendentibus exclusis, obvenient; bona emphiteutica, tam ecclesiastica, quàm secularia in agro Trajectensi sita, ex consuetudine quæ ibidem tenet, Jure feudorum trasmittuntur, nec lineâ abeunt, quod ipsum nuperrime in revisione judicata comprobatum est.... Diximus mobilia situm habere intelligi, ubi dominus instruxerit

domicilium, nec aliter mutare eundem, quàm unâ cum domicilio. Et subest ratio: mobilia quippe, cùm perpetuum ac fixum, ut res soli, locum non habeant, totum illud dependeat necesse est à destinatione ejus, cujus ea res est, ut ibi habeantur mobilia existere, ubi esse ea voluerit dominus: haud aliter ac ipsamet persona, ibi esse, vel domicilium habere accipitur, ubi semet esse voluerit. Igitur ibi mobilia sua quemque velle ut existant credimus, ubi degit ipse, laremque fovet ac fortunarum habet summam. Quo Jure & nomina non immeritò censueris, ut ea in successionibus & similibus mobilium rerum sortiantur naturam. Quæ definitio cùm sit expedita, ac apud Scriptores recentiores satis obvia, non est ut à me confirmetur ulteriùs, si unum hoc addidero, pluribus locis si quis instruxerit domicilium, sua cujusque lege loci tractari mobilia ubi ex destinatione domini reperiuntur. Choppin. *ad leges Parisiens. lib. 1, tit. 1, n. 11, in fin.* Burgund. *tract. 2, n. 22.*

II. Reditus temporales, an immobiles?

De reditibus peculiaris esto consideratio. Et illi quidem, qui à re præstantur, vel cujus nomine constituta hypotheca est, collocantur à Doctoribus in immobilium numero, ita tamen, si perpetui sunt, secus si temporales, quâ distinctione & Burgundus utitur, *d. loc. n. 30 & 32.* Sed vix est ut non utrobique idem sit dicendum: cùm enim ob id ipsum annumerentur immobilibus, quod rei immobili per hypothecæ constitutionem innitantur, ponendi alioquin, vel si perpetui sint, in mobilium classe; nec hypothecæ immutetur natura, temporis aliqua ad redimendum præstitutione, nihilque ad summam rei intersit, certum an incertum luitionis sit tempus, consequens est dicere constitutos ad tempus reditus, æque atque perpetuos, immobilium nomine venire, maxime cùm per hypothecæ constitutionem, res ad summam debiti habeatur quasi alienata, *arg. l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* quæ per solutionem redimitur.

III. Reditus legitime professi ab Ordinibus dividuntur ex more loci ubi debentur.

De illis autem reditibus ex facto quæsitum est, qui debentur à Provinciis, Civitatibus, aut Municipiis. Non quæro an per omnia ad instar rerum soli censeantur: illud quæro, ubi situm habere, aut existere existimandi sunt, à quove territorio in successionibus accipiant leges. Communis DD. regula moribus consentanea est reditus super mobilibus rebus constitutos, mobilium numero, super immobilibus, immobilium venire. Provinciæ autem corpora mobilia non sunt, sed stabilia & perpetua, quâ ratione reditus ab iisdem legitime constitutos pro immobilibus habendos esse moribus Civitatis suæ meritò cautum esse tradit Burgundus, *d. tract. 2, n. 31.* Quinimò reditus ejusmodi ut plurimum hodie nullam personalem obligationem annexam habent, directi solummodò in vectigalia, tributa, aut Reipublicæ patrimonium, ut non debeantur à personis quæ Reipublicæ præsint. Unde apparet ex obligationis instrumento, quo reditus fere hodie constituunt apud nos Provinciæ Ordines, bona & vectigalia

Reipublicæ obligari, personas Ordinum non obligari : atqui quando pensitandis reditibus certa vectigalia, domania aut Reipublicæ bona attribuuntur à Principe, ut fit apud nos.... censeri eundem pignoris nexu bona illa devinxisse, traditum est apud Christin. *vol. 1, dec. 137, n. 13*, & recte. Princeps quippe coram Magistratu loci, profiteri aut constituere hypothecam necesse non habet, tanquam solemnitatem, fere omnium solutus. Arg. *l. Princeps, ff. de legib. l. 1, ff. de constit. Principum.* Mascard. *de Statutor. interpretat. concl. 9, n. 66.* Tessaur. *Decis. 15, n. 6 & decis. 87, n. 7.* Chopin. *ad Consuet. Andegav. l. 1. tit. 1, n. 6.* Mornac. *ad d. l. 1.* Christin. *in præludiis ad Consuetudines Mechlin. n. 8.* Proinde aliam in eo privatorum debitorum rationem, aliam Provinciæ esse apparet : quòd illi locum subinde mutent, ac successores eorum varia etiam in loca districtos sequi necesse habeant ii, qui in illos agere voluerint : cùm Provinciæ corpora, certo, suoque circumscripta loco, plane ad instar rerum soli, perpetuo ibidem sint. Quare, si verum amamus, plus rationis esse videtur reditus hujusmodi aggregari immobilibus, quàm eos, quorum nomine data est à privatis hypotheca, utpote quæ tanquam accessorium accedat actioni personali, vel saltem eandem habeat adjunctam, cùm reditus super Provinciis, Civitatibus, aut earumdem vectigalibus hodie constituti, vernacule *obligatien*, personali actione omninò careant; & hanc privatos inter & corpora Provinciæ distinctionem & Doctores tuentur, vid. Gratian. *discept. forens. Cap. 885, numer. 4.* Kinschot. *Respons. 47, num. 15*, & in eandem sententiam judicatum profert Louët, *en son Recueil des Arrêts, lit. R. num. 31, circa finem*, adde Chopin. *de morib. Paris. lib. 1, tit. 1, num. 23*, qui eruditus morum Gallicorum interpres, complusculà recenset arresta, quibus decisum est annuos reditus, quos de plebeis nummoros indictionibus solvendum assignasset Rex debitor, vel quibus pensitandis attributus esset Principis canon Dominicus, vel qui de Principe empti essent, dividi eâ lege quæ obtinet ubi fiscales isti nummi, de quibus reditus præstari convenerat, à Regiis coactoribus exiguntur. Eaque sententia & apud nos duplici judicio probata fuit. Primò à revisoribus in causa satis momentosa, *anno 1649*, intellectumque, professos à Provinciæ nostræ Ordinibus reditus, quoad succedendi causam, dijudicandos esse à more nostrate. Dein altero Curiæ nostræ nuperrimo judicato, *anni 1661*... quo placitum est rerum immobilium nomine, de quibus in commodum curatorum minoribus interdicta esset testatio, venire & nomina provincialia... Eo magis existimante Curiâ hac rerum tempestate sententiam illam sequendam esse, quod plurimorum hominum summæ divitiæ in his reditibus consistant, qui eosdem in Provincia debitrice perinde esse voluisse videntur, atque si res soli ibidem comparassent. Cùm contra mobilium Jure, si per omnia nomina illa censerentur, multa salubriter pro utilitate hominum lata Statuta contingeret prorsus iri illusa. Mari apud nos minori vigesimo, majori decimo octavo anno

IV. An vir eos leget uxori ?

V. An minor curatori ?

anno prohibita immobilium alienatio est, eademque & virum, qui ex uxore prolem non sustulerit, prohibitio tenet. Minori in curatorem testatione ultima transcribendorum immobilium Jus non est. Quid igitur? num minori mari fas erit ejusmodi provincialia nomina, in quibus apud nos vicinasque regiones fortunarum fere summa consistit, salvâ prohibitoriæ Legis oratione, alienare, legare, & minori quidem legitimos hæredes luculentissimis illis facultatibus intervertere? Operæ pretium est quæstionem persequi paulò fusiùs. Prodiit nuperrime novissima editio Adversariorum Lamberti Goris, qui in Annotationibus suis, quibus ea paulò ante obitum locupletavit, *tract. 2, cap. 3, n. 7*, hanc ipsam tractans speciem, duas super ea profert sibi invicem adversantes sententias: quas tamen ita componi posse arbitratur, ut altera de reditu accipiatur constituto super domanio Civitatis; altera super communibus Provinciæ vectigalibus aut impositionibus, ut loquitur; ut prior reditus immobilium nomine, posterior mobilium veniret: addita distinctionis ratione, quod domania vectigalibus sint stabiliora. Verum, præterquam quod rebus apud nos judicatis adeo non adversetur hæc distinctio, ut easdem potiùs confirmet: quippe cautionibus istis Provincialibus apud nos pariter atque apud Hollandos obligantur non tantùm vectigalia, sed & bona Provinciæ omnia..... Non est præterea, ut traditis ejus consentiam. Ipsa namque Provinciæ corpora quæ debent reditus, utrobique stabilia ac perpetua sunt, uno eodemque in loco semper existentia, nihilque adeo hic ad summam rei interesse videtur, ex vectigalibus, an è domanio reditus quotannis pendi voluerint Provinciæ Ordines, ut propterea ab eadem Provincia debitrice leges vel acciperent, vel non acciperent. Ad hæc in causa succedendi non tam districte attenditur an res sua natura sit mobilis, sed potiùs domini destinatio; quod vel hoc exemplo adstruitur, ut si rem suâ naturâ mobilem in alio quàm domicilii loco perpetuo manere voluerit dominus, ex destinatione illa ibidem quoque res intelligatur existere. Burgund. *tract. 2, n. 15, in fin. & n. 26.* Argent. *ad art. 48, gl. 2, n. 5*, & legibus loci ejusdem regatur. *vid. laudatos à Mæv. ad Jus Lubecens. quæstione sextâ præliminar. n. 20, & seq.* Unde & dixerit aliquis reditus à Provinciis sibi comparantes, utique illos ibidem ad instar rerum soli perpetuo esse voluisse existimandi sunt, donec vel reposcant sortem vel recipiant. Nec in eo audiendus Goris, quod alios ad immobilia reditus pertinere non putet, quàm quorum sortem nunquam liceat exigere, quodque eos reditus, quorum nomine constituta est hypotheca generalis, expungat è classe immobilium, ductus auctoritate Charondæ. Quippe vel expressim stipulato apud nos ad certum diem sortis reposcendæ Jure, reditus tamen hypothecæ innixus non desinit sortiri naturam rerum immobilium: quemadmodum quoque apud nostrates æque atque Romano Jure generalis specialisque hypotheca bona juxta afficiunt, ut pro immobilibus utræque habeantur. Nec tur-

bet quemquam quod Trajectino more, illorum redituum nomine, trigesima hæreditariis bonis immobilibus à latere obvenientibus indicta, non pendatur. Quippe nec infrequens, nec absonum est immobilium Jure censeri aliquid in causa succedendi, quod pari tamen cum immobilibus solemnitate non distrahatur, ut eleganter explicat Loiseau, *des Offices venaux, lib. 3, cap. 4, n. 34 & seq.* & vel inde videre est, quod mobilia destinata à domino ut certo in loco perpetuò sint, leges ab eodem accipiant loco, quæ tamen à domino, eadem quâ res mobiles solemnitate, transferuntur. Quin & Britannorum consuetudines expressim tenent in successionum divisionibus, mobilium donationibus reditus hujusmodi aggregari immobilibus, cætera mobilium Jure censeri. *Art. 425, des Coutumes réformées, quæ post commentaria* Argentrei *separato libro comparent.* Nec procedit quoque argumentatio, eo quod Princeps reditus à semetipso præstandos, à tributo voluit esse immunes, illos & in dividenda inter privatos hæreditate pro mobilibus habendos esse, cùm diversa utriusque ratio, diversus respectus sit. Sane cùm Reipublicæ necessitas horum nominum contractionem exegerit, quid mirum de reditibus illis nihil abradi hominibus, quo magis ii ad credendum ac subveniendum Reipublicæ allicerentur? Accedit odium fisci, unde haud tutò argumentum aliò traxeris. Quamvis (nam & hoc fateri fas est) minime grave aut odiosum hoc tributum appellaveris, quod cum gaudio fructuque semper sit conjunctum, præsertim ubi ex inopinato amplæ facultates obvenerint. Quin & ea seculi perversitas est, ut nec domestici desint hæredes, qui à parentum hæreditate, cui jam dudum inhiant, distringi aliquid à fisco neutiquam ægre laturi essent. Eos appellato, quibus invisa est paternæ ætatis longinquitas, quique hæreditatem, tanquam vultures cadaver expectantes, mortem exoptant eorum, qui sibi vitæ authores extiterint. Sed non est nobis hîc declamandum.

VI. Jus singulare Hollandiæ circa successiones mobilium.

Mantissæ loco attexam singulare esse, quod notat Grotius ex articulo 9, Juris Asdomici, mobilium successiones exigi ad jura loci, ubi defunctus diem obierit, non ubi habuerit domicilium; adeoque si in Juri scabinico obnoxiam regionem se lusum contulerit puer, ibique repentinâ morte tollatur, bonis ejus successum iri ex Jure scabinico, vid. Grot. *in sijn Inleydinge, lib. 2, parte 26, in fin. & ibi Groenewege.*

CAPUT III.

De Statutis quibus certo actui à persona peragendo lex imponitur & quidem circa solemnitatem.

SUMMARIUM.

I. *In testamenti solemnitatibus spectari Jus loci ubi ordinatur, quove Jure aut ratione id innitatur, contra Burgundum.*

II. *De eo qui extra territorium rei sitæ testetur juxta formam ejusdem.*

III. *An Jure Romano coram septem testibus testari liceat eo loci, ubi coram Notario & duobus testibus testamenta conduntur, & speciatim de Hollandorum moribus?*

IV. *An apud nos citra licentiæ litteras coram septem testibus testemur rite?*

EXPLICATIS duobus Statutorum generibus, & eorum quæ statum turbant personarum citra rerum mentionem, & quæ sunt imposita rebus, ut nullus personæ actus veniat in partem, cumque hæc in realium, illa personalium Statutorum causam venire, allatis de utroque genere exemplis demonstraverimus, subsequitur tertium & ultimum genus, eorum nimirum Statutorum, quibus lex præfigitur actui, qui à persona sit peragendus, eundem actum, vel vetando, vel certo etiam modo circumscribendo, adeo ut nihil queat committi contra illa Statuta, nisi actus intervenerit personæ, & quidem ea Statuta intelligo, quibus status aut conditio hominum non turbatur. Locus hic quo per plures se protendit species, quas forum quotidie deproperat edere, eo plus quoque habet confragosi, compluraque illustria exercuit ingenia. Ejusque duplex potest esse inspectio; aut quæritur de actus forma seu solemnitate: aut de materia ipsa, seu rei substantia quæ in dispositionem venit deducenda. De testamentariis dispositionibus loquor, de contractibus inter vivos non loquor. Quod apud nos inter conjuges (de quorum jure instituta hæc tractatio) inutilis quævis fere sit stipulatio, ac nostris vicinarumque regionum moribus juxta, prohibita inter vivos donatio. Si de solemnibus quæratur, ea jampridem in foro ac pulpito prævaluit opinio, ut spectandæ sint loci cujusque leges, ubi actus conficitur. Quare sicubi ex more loci solemniter ordinatum fuerit testamentum, valiturum illud, ubicunque oportuerit exequi.

I. In testamenti solemnitatibus spectari Jus loci ubi ordinatur.

Unde & ſolemni Lutetianæ Curiæ arreſto pronuntiatum fuit ſecundùm teſtamentum, quod viator ac præteriens aliquis confeciſſet ſuo more pagi, in quo decubuerat, ut maxime longe aſia teſtamenti ſolemnia lex domicilii ſituſque bonorum poſtulaſſent, teſte Choppin, *lib. 2, tit. 4, n. 2, de morib. Pariſ.* Conſentiunt & aliorum judicatæ res; Expylly *en ſes Arrêts, cap. 78.* Minſing. *cent. 5, obſerv. 20.* Gail. *lib. 2, obſerv. 123.* Guid. Pap. *quæſt. 262.* Mainard. *lib. 5, Arrêt deciſ. 92, & lib. 8, cap. 51,* noviſſime Joan. à Sand. *deciſ. Friſic. lib. 4, tit. 1, defin. 14,* nec aliud dicendum tradunt, ut maxime major in loco domicilii, quàm ubi actus confectus eſſet, deſideraretur ſolemnitas. Expylly *d. art. 78.* Minſing. Guid. Pap. *dd. ll.* & noviſſime Barry, *de Succeſſ. lib. 1, tit. 1, n. 46.* Atque hæc opinio diu ſcholas in tranquillitate tenuit, donec tandem perpaucis ire libuit in alia omnia. Fecêre id Cujac. *obſerv. lib. 14, cap. 12,* & Burgundus, *tract. 6,* qui ſuæ opinionis animoſior cæteris aſſertor, teſtatores aſtringit ad formam locorum ſingulorum, ubi bona ſita ſunt. Verum tanti rationes eorum non ſunt, ut à ſententia communi, tot rerum judicatarum & calculorum autoritate ſuffulta, cogamur facere divortium. Quamquam, ut verum fatear, nihil Juris eſt ſtatuenti in bona contrariis legibus ſubjecta, ut tranſcribendis illis in alium certam ſuamque formam ſuſtineat legiſlator præfigere. Idque ſi contingat fieri, quis negaverit vires hoc pacto explicari, adeoque Jus dici extra territorium? Nec puto effugium eorum tutum fore, qui ipſum actum diſpoſitionis, de cujus forma agitur, pertinere dicant ad Juriſdictionem loci, in quo celebratur: contractibus quippe hoc quadrat, negotiiſque ejuſmodi, quibus id agitur, ut obligetur perſona, cujus oſſibus ubique inhæret ſemel ex forma loci contractæ obligationis, nexus. De re verò alibi conſtituta diſponendi, aut ejus in alium tranſcribendæ formam hæc non concernunt. Realium namque jurium eorumve actuum, quibus fit mancipatio, aut dominum transfertur, aliam eſſe rationem, vel quotidiana praxis edocet, recteque diſputat Burgundus, *tract. 6, n. 3,* male eo nomine reprehenſus à Joanne à Sande, loco ſupra citato, Jus in re ut naſcatur, quod hîc ex cauſa teſtamenti contingit, non poſſe id præſtare alterius regionis conſuetudinem, ut formâ illâ ac ſolemnibus circumdaret alienorum fundorum alterationes, adeoque omnino Jus diceret extra territorium. Quid igitur rei in cauſa eſt, cur Doctores æque atque tribunalia ordinatum ſecundùm formam loci, ubi conditur teſtamentum, effectum ſortiri ubique voluerint? Quod abſurdum viſum fuerint de ſingularum regionum poſſeſſionibus ſingula exaranda eſſe teſtamenta, vel unum idemque teſtamentum alio atque alio ſolemnitatum Jure inſtruere planeque repugnans liberæ ad extremum vitæ ſpiritum voluntati, ut qui aliò loci, negotiorum cauſâ delatus, ſubitoque morbo correptus fuerit, ei vel invitiſſimo neceſſe eſſet decedere inteſtato, vel ordinata ante ſuprema mutare eum non poſſe

jam fato propinquum, nec hæredes habere, quos optaverit, non suppetente tum ad territorii cujusque solemnia, testandi facultate. Quare ut subsistat ordinatum secundùm regionis leges, in quam testator delatus fuerit, ultimum elogium, omnium quorumcunque locorum hominum, qui diversis in locis prædia possident, ex æquo interest: adeoque secundùm eos dicendum est, qui necessitate quâdam, hominumque communi utilitate sententiam hanc sustentant. Quò pertinere videntur tradita Peckii, *de testament. conjug. 4, cap. 28, in fine;* Mæv. *ad Jus Lubecens. part. 2, tit. 1, art. 16, n. 10.* Alii verò qui Jure ordinario tutari eandem sustinent, an non frustra sint, ipsi viderint. Hæc de eo qui solemnitates observat loci ubi actus celebratur. Verùm non idem Juris sit in casu converso, ut si quis juxta formam requisitam in loco rei sitæ, non sui domicilii, de qua specie posteriori est, (quod tractant Minsing. *cent. 5, decis. 20, n. 5,* & Mævius, *ad Jus Lubecens. part. 2, tit. 1, art. 16, n. 8,*) testetur alibi, ubi diversa desideratur solemnitas, non æque expeditum est. Sunt qui asserant valere testamentum ejus, qui subditus sit territorii, in quo bona constituta sunt, peregrini verò negent. Ita Barry. *de Success. lib. 1, num. 46, adducto* Joannis Philippi *responso 13,* & in eandem sententiam scribit Mævius, *quæst. 6, præliminar. n. 8.* Ego potiùs utrobique pro testamento respondendum duxerim, quippe personæ qualitas ad summam rei non facit, tum factura, si Statuta illa in solemnitates scripta personalia forent, ut subditus iis gauderet, non gauderet exterus: sed contra constat ea mere realia esse. Quicunque enim fuerit, sive incola, sive exterus, qui rem alienare intendit, necesse habet respicere ad solemnitatem territorii, cui bona sunt obnoxia. Quare dicendum est decidendæ quæstionis rationem in modo prolatis positam esse: necessitatis nimirum rationem, summumque favorem qui pro testamentis facit, impetrâsse, ut, quamvis illa mancipent æque atque alienationes inter vivos, ideoque consimiliter componenda forent ad normam loci ubi res sitæ sunt, sufficerit tamen ordinâsse, secundùm leges loci ubi actus conficitur. Proinde si quis eo, quod ad testandum expeditius suâ causâ comparatum est, noluerit uti, quod ei forte promptius sit componere suprema ad loci leges cui bona subjaceant, quo minùs testamentum ejus valiturum sit, non video: nulla enim Juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem, *lib. 25, ff. ad legib.* nec cùm superaddatur alia testandi forma, adimitur prior, quod novæ solemnitatis adjectionem potiùs dedisse DD. quàm priorem ac ordinariam permutâsse videantur, *arg. lib. 11, ff. de Senatorib.* Unde consequens est dicere, ne disputem sine speciei appositione, Amersfurti, ubi eorum trinis testibus unà cum Notario ultima conduntur elogia, viribus sub-

II. De eo qui testatur secundum solemnitates rei sitæ.

ſiſtere celebrata, coram binis teſtibus ſupra Notarium, de bonis in Hollandia, aut in alia Provinciæ noſtræ parte ſitis.

III. De eo qui, coram ſeptem teſtibus, teſtatur.

Quid autem ſi quis ſecundùm formam Juris Romani, coram ſeptem teſtibus, teſtatus fuerit eo in loco, ubi, coram Notario binoque teſte, teſtamenta condi conſueverint, ut, apud Hollandos aliſque, obtinet, dicemuſne teſtamentum valere? Affirmat Grot. (*in ſyn. Inleydinge*) *lib. 2, part. 17, verſ. by ons is niet verboden.* Et innuere videtur Radelant. *deciſ. 125, n. 13, juncta, n. 4.* ut & Tuld. *ad tit. Inſtit. lib. 2, tit. 10, cap. 11.* & expreſſius Baldo probatur teſtamentum, quod more Romano ſepteno teſte præſente factum fuiſſet, cùm ex more civico foret faciendum auctore Sacerdote gemino cum teſte, *vol. 5, Juris reſponſor. 355.* quem citat Chopin. *ad ll. Pariſ. lib. 2, tit. 4, n. 3.* Quæ ſententia vix eſt ut deflectat à vero. Patriam quippe teſtandi formam non contra, ſed præter Jus commune introductam dixeris, cùm non abrogato Romanorum teſtandi more eidem adhuc locus eſſe videatur, *arg. lib. ſancimus 27, C. de Teſtament.* Ut recte dici poſſe videatur per hodiernam teſtandi formam, utpote planiorem, remiſſam eſſe operoſam illam ac oneroſam ſeptem teſtium adhibendorum neceſſitatem, cui tamen ſi quis etiamnum alligare ſe voluerit, nihil ei ſit impedimento. Hinc cùm aliquando in foro Lubecenſi, ubi alia ſuaque teſtandi forma præſcripta uſu invaluerat, in litem veniſſet, utrùm ſecundùm Juris Romani ſolemnia ordinatum teſtamentum ſubſiſteret, pro eo pronuntiatum eſt, Teſte Mævio, *ad Jus Lubecenſ. lib. 1, quæſt. 9, prælimin. n. 44, juncta part. 2, tit. 1, art. 2, n. 162 & ſeq.*

IV. Citra litteras licentiæ.

Verùm apud noſtrates illud injecerit hæſitationem, quod inibi teſtari fas non ſit citra impetratas in hoc licentiæ litteras, quibus conceditur teſtari de rebus omnibus in ditione Ultrajectina ſitis, allodialibus juxta ac feudalibus, iis nimirum feudis, quæ ab Ordinibus eorumque vaſallis & ſubditis recognoſcuntur, idque coram Notario ac teſtibus duobus, aut apud judicem loci cui prædia obnoxia ſunt, vel coram paribus Curiæ feudalis, ſi ejus naturæ bona fuerint, hâc comprehenſâ litteris iſtis clauſulâ, valitura coram Notario ac teſtibus ita condita teſtamenta, perinde atque ſi coram Curia feudali, aut Judice loci rei ſitæ, celebrata fuiſſent. Harum igitur litterarum defectus, aut prætermiſſio vitiatne voluntatem ex more Romano ordinatam. Quæſtio, quod petat ipſam licentiæ naturam, digna eſt quæ in gratiam noſtratium excutiatur paulò fuſiùs. Judicatio in eo vertitur, pertineatne ad ſolemnitatem diſpoſitionis conſenſûs illius impetratio, ut præbeatur eo licentia quædam, prætermiſsâ vetere teſtandi formâ, diſponendi ſecundùm faciliorem illam litteris comprehenſam, an verò ſpectet ad habilitatem vel legitimationem perſonæ, quaſi apud nos omninò teſtamenti factionem haberet nemo, qui ejuſmodi licentiam non obtinuerit. Et quidem ad ſolemnitatem duntaxat actûs conſenſum reſpicere hæc argumento ſunt,

quod hodieque apud nos integrum ſit abſque ulla licentia teſtari apud Civitatis cujuſque judicem, in cujus latifundio bona ſita ſunt : cujuſmodi teſtationum exempla complura exhibent regeſta Civitatis Ultrajectinæ. Unde dicendum videtur conceſſionis beneficio nos ſolvi, quâ Romani, quâ municipalis Juris ſolemnitatibus, ut tum nec apud Judicem rei ſitæ, quæ patrii Juris ſolemnitas eſt, nec coram ſeptem teſtibus, quæ Romani, teſtandi ampliùs ſit neceſſitas. Itaque quod citra ullius conceſſionis opem licet in Hollandia, apud nos impetrata demum agitur licentia; quæ cùm citra notionem ullam nulli non detur, fere tributi, aut vectigalis cujuſdam vicem ſuſtinet. Ad hæc ipſa ante allata harum litterarum clauſula, quâ dicitur valiturum teſtamentum, haud aliter ac ſi apud Judicem rei ſitæ confectum eſſet, evincitur induci remiſſionem quandam ſolemnitatis, non habilitatem perſonæ: quemadmodum & ex eadem clauſula idem adſtruxit Wameſ. *centur. civil. cent. 6, conſil. 2, num. 4, verſic. præterea & num. 5.* Maxime omnium fidem faciunt tradita Radelanti idem plane aſſerentis, *deciſ. 125, num. 13*, qui, cum quinquaginta circiter abhinc annis Conſiliarii, poſt Præſidis munere in Curia noſtra ſit functus, quin probe perſpectam habuerit licentiæ naturam, nullus dubitaverim : cujus viri poſthumas deciſiones, vel potiùs privatum in uſum effuſas annotatiunculas, vernacule forſan ab ipſo chartis illitas, in publicum qui emiſerit, næ ille quàm peſſime conſuluit viri juxta ac Curiæ noſtræ dignationi, qui quidem Curiæ ita cum laude vir ille præfuit, ut & à Neoſtadio laudato viro laudari meruerit, *in Præfatione ante obſervationes feudales.* Juvat & illud ſententiam, quod apud eundem Radelantium deciſum extet in teſtamento inter liberos, aut ad pias cauſas non deſiderari Principis licentiam, deſiderandam omninò, ſi citra illam prorſus incapax aut inhabilis ad teſtandum perſona foret. Quomodo enim favore liberorum ſuſtineretur teſtamentum ejus, qui omninò teſtamenti factionem non habuerit.

De eo qui teſtatur in piæ cauſæ favorem, aut inter liberos.

Hæc autem quanquam à vero remota non videantur, ſcrupulo tamen nequaquam carent. Facit licentiæ tenor, quo teſtamentum, coram Notario binoque teſte, ordinatum perinde valere conſtituitur, atque ſi apud loci Judicem celebratum fuiſſet, nullâ factâ Latialis ſolemnitatis mentione, ut extra duas priores teſtamenti condendi formas, aliam licentiæ litteræ non videantur agnoſcere. Facit & Patriæ Civitatis ordinatio, quâ cavetur in rebus relinquendis aut legandis, vernacule *maecken*, adeundum eſſe Civitatis Judicem : ut per hoc dici poſſet, abolitam eſſe teſtandi more Romano facultatem. Facit denique quod apud nos Tabellionis munus capeſſat nemo, niſi qui prævio examine fuerit approbatus, ac præterea juramento ante aſſeveraverit ſe leges ſervaturum latas, obviandis fraudibus, quibus teſtamenta ſubjacent, ut coram promiſcuo prorſus ac injurato vulgo, id nego-

tii tranſigi Legiſlatores noſtrates videantur noluiſſe. Verùm hæc ut non moverunt Radelantium, ita forſan plures non moverint, qui cogitaturi ſint operoſæ Romanorum formæ, vel ideo licentiam non potuiſſe meminiſſe, quod cùm planior teſtandi forma in medio eſſet, qui adhibere ſcrupuloſiorem illam, putaverit Legiſlator fore neminem; ut non viſus ſit veterem teſtandi formam ſuſtuliſſe, ſed novam potiùs illi ſuperaddidiſſe, priori longe faciliorem. Ad hæc, ſi res dubia habeatur, non deerunt forſan, qui pro teſtamentis reſpondere tutiùs arbitrarentur, quorum conſervatio publicam utilitatem concernit, *lib. 5, ff. teſtament. quemadmod. aperian.*

CAPUT

CAPUT IV.

De licentia testandi frequentata Trajectinis.

SUMMARIUM.

I. *Quousque se porrigat testatio facta apud Judicem Civitatis, aut pagi, sine vel cum licentiæ litteris? Et an testari liceat coram Curia Provinciali.*

II. *An qui in agro Trajectino apud Judicem sui pagi sibi invicem reliquerunt usumfructum, Jure testati sint conjuges quoad bona sita extra districtum pagi?*

III. *Quo Jure hac in parte utatur patria Civitas?*

IV. *De bonis extra Provinciam sitis, citra consensum testatur apud nos recte sive exterus, sive indigena.*

V. *An citra testandi licentiam apud nos valide testemur in judicio de bonis sitis extra Provinciam?*

VI. *Valeatne testamentum oppidani, qui, cùm æger esset, domi testatus fuit, coram Prætore ac duobus Scabinis?*

VII. *An qui in agro?*

VIII. *An de bonis in nostra Provincia sitis citra licentiam recte testetur alibi Ultrajectinus?*

IX. *An de agro emphitheuticario sine licentiæ litteris testari sit liberum, & quando sit opus consensu dominico?*

X. *An in piæ causæ favorem subsistat sine consensu facta testatio?*

XI. *An testamentum inter liberos?*

XII. *An sine consensu domini vel Curiæ testetur Emphiteuta?*

XIII. *An vassalus, & quid inter liberos?*

XIV. *De feudo citrà consensum Curiæ testatur nemo, si dominus alterutrum, vel vassalus, vel subditus, Ordinum Provinciæ fuerit.*

VERUM naturam nostratis licentiæ, necdum quod sciam ab aliis explicatam, cùm præcedenti capite eruere occœperimus, age, disputemus de iis paulò uberiùs. Primo illud quæri contingit utrùm testari volens apud Judicem Civitatis, aut pagi hujus Provinciæ, licentiæ litteris indigeam ego Ultrajectinus? Illud hîc monendi sumus, apud nos judicia sui finibus territorii, ac imperii ita esse constricta, ut in illis judiciis condita testamenta, se ad bona iisdem non subjecta non porrigant: idque palam fit ipsis licentiæ litteris, quibus apud Judicem testandi facultas ulteriùs non conceditur, quàm de bonis in ejusdem districtu constitutis; ut frustra citra licentiæ opem valere intendas, quod vel adjutus concessionis litteris (si tenorem earumdem respicias) ratum non

I. De eo qui testatur apud Judicem Civitatis, aut pagi.

effeceris : idemque Statuto Amersfurtensi nominatim comprehensum est. Itaque ut ad quæstionem responso defungar, dicendum videtur valituram dispositionem de bonis in istius judicii territorio sitis, de sitis alibi in nostra Provincia non item, ut hoc casu nec licentiæ litteris testamentum sustentari videatur, cùm iis non alia coram judicio testandi concedatur facultas, quam de bonis sub eodem judicio constitutis, adeoque quoad testationes judiciales novi nihil conferant litteræ consensûs, testationum earum propterea duntaxat memores, ne per noviter introductam coram Notario ac testibus testandi formam, veterem illam judicialem viderentur sustulisse, quod & nuperrime in Curia tractatum memini : ut hæc documento sint laxiorem hac in parte protestatem esse Tabellionum, qui ab Ordinibus nostratibus citra certæ stationis assignationem, toti Provinciæ creantur, quam judiciorum, quorum Ordines suam cuique separatam Jurisdictionem, intraque oleas suas (quod aiunt) coercitam esse voluerunt, nec alterius territorii res alienari, aut dominia mancipari coram alterius judicio. Quamvis eo Jure, ut mihi quidem videtur, in agris, ob infrequentiam Notariorum, non tam districte sit utendum, obtentâ nimirum testandi veniâ.

I. Quid si testetur quis coram Curia.

Cùm licentiæ litteræ duas duntaxat testandi formas indulgeant, vel in judicio de bonis eidem subjectis, vel coram Notario binoque teste; quæsitum est, an non subsistat testatio facta coram hac ipsa nostra Curia, quæ litteras impertitur? Quod negandum esse vel illud argumento est, quod immobilia nunquam transferre vel alienare licuerit, coram Curia Provinciali, sed suo duntaxat judicio, in quo sunt constituta, teste Radelant. *decis. 88, n. 3.* De mobilibus major forsan sit dubitatio, quod alienari ea etiam, coram Curia, consueverint, juxta eundem Radelant. *d. loc.* verum nec illud affirmandum videtur : cùm licentiæ litteræ in mobilia ac immobila juxta sint scriptæ, nec ab alienatione inter vivos, ad ultimas voluntates affirmative recte deduxeris argumentum. Quemadmodum & Jure Romano, facillima quamvis inter vivos mobilium transferendorum esset ratio, testari tamen de iisdem minori cum solemnitate, quàm de immobilibus, non licuit.

II. Aut conjugi reliquit usumfructum.

De eo accepi aliquando acriter in Curia nostra disceptatum fuisse, valeatne conjugum dispositio, quâ sibi invicem apud pagi sui Judicem usumfructum reliquissent, quoad bona extra Judicis illius districtum sita? Affirmativa sententia an perinde vera sit, ac tum pluritate votorum prævaluit, equidem addubito. Impugnatur enim sæpe adductis licentiæ verbis, quibus ususfructus constituendi in judicio licentia datur de bonis eidem subjectis, ac consequenter non concernant litteræ bona aliis municipiis obnoxia : nec movet me, quod movit tum alios, nostratem mutui ususfructûs speciem, quod ab alterutro nequeat revocari, naturam sortiri contractûs. Primò enim, cùm licentiæ litteræ in hujus ususfructûs constitutionem expressim sint scriptæ, argumento

est ultimæ potiùs voluntatis Jure easdem censeri. Quod è Patria ordinatione clariùs elucescit, *art. ult. Rub. de pact. ant.* quo prohibentur quidem conjuges sibi invicem bona donare, vel legare, vernacule *geven noch maecken* citra mutui ususfructûs causam, sed eo abjecto, ut eundem sibi invicem legent, in verbis.... Quibus verbis *geven* pro donare, *maecken* pro legare, ordinatio nostra passim uti consuevit. *Vid. Rub. 28, art. 1 & art. 4* Ut exceptio subjiciatur prohibitæ illi legandi, non donandi facultati: propterea forsan, quod nonnulli putent maritum inter & uxorem, utpote in potestate sua constitutam, inter vivos contractum non posse subsistere. Ex eo autem quod non subjaceat hæc voluntas alterutrius revocationi, ne alioquin se invicem circumveniendi præberetur facultas, non transit protinus in nomen contractûs: de quo videbimus aliàs. Deinde ut maxime detur per contractum inter vivos constitui conjugalem usumfructum, propterea tamen non evincitur voluntatem subsistere respectu bonorum alibi sitorum: constat quippe, nec inter vivos hodie alienari immobilia, vel transcribi in alium, nisi coram suo quæque Magistratu: ususfructus autem connumeratur adeo immobilibus, ut nonnumquam pars habeatur proprietatis, *lib. 4, ff. de usufr.* utique quoad alienandi causam: ut rei alienatione prohibitâ, & ususfructûs dationem, tanquam speciem alienationis vel partem, prohibitam esse expressim, sit definitum, *lib. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Unde & passim reponitur à Doctoribus inter immobilia. Burgund. *tract. 1, num. 51*, Argentr. *ad art. 433, gl. 3. n. 3 & 4.* Chopin. *de moribus Paris. lib. 2, tit. 5, n. 22*, Castillo, *de usufr. cap. 52, num. 10.* Barbos. *in C. tit. de usufr. ad lib. 16, num. 16, & plures ibidem alleg.* Quemadmodum & Ordinibus nostratibus placuit quadragesimum nummum, rerum immobilium alienationibus indictum, persolvi & ususfructus earumdem, constituti nomine.... Unde conductorem inter & usufructuarium hoc interest, quod ususfructus res ita afficiat ut mutatione dominii non amittatur, *neque ff. quibus mod. ususfr. amittitur*, cùm, re conductâ alterius factâ, novus dominus locationi non teneatur stare, *lib. 9, C. locat.* Sententia Curiæ, cujus supra memini, lata est, *den 19 December 1648, tusschen Gysbert Aertsz cum sociis, ende Willem Cornelisz Ruyter.* In manuscriptis tamen annotatiunculis ad leges patrias, quæ teruntur manibus omnium fere eorum, qui apud nos Jurisprudentiæ sacris in foro operantur, ac authorem habere putantur Everardum vander Schuer, patronum quondam in causis apud nos multum versatum, notatum reperi, sententiâ Curiæ nostræ, latâ mense Junio anno 1566, ac in suprema Mechliniensium Curia, confirmatâ, intellectum fuisse usumfructum omnium bonorum, quem conjuges apud acta Civitatis publica sibi invicem erant elargiti, porrigi etiam ad bona aliunde extra Civitatis territorium sita, scholiisque istis expressum est speciali Civitatis consuetudine judicatum niti, non communi Provinciæ lege aut more; idque &

III. Quo Jure hac in parte utatur Patria Civitas.

mihi verisimile sit, quod ex sententia, quâ præscripta sunt acta processus, id ipsum controversiæ compererim inter partes fuisse agitatum, ac præterea interlocutione, diffinitivam illam antecedente, edixisse Judicem in nonnulla esse inquirendum: haud dubie quo sibi de speciali illa Civitatis prærogativa ac consuetudine plenior fieret fides. Eoque magis adducor, ut hoc credam, quod indistincte patriâ ordinatione, *art. ult. Rub. de pactis antenuptialibus*, scriptum exstet, licere conjugibus, coram Civitatis judicio, legare sibi invicem bonorum suorum usumfructum: ut hæc ordinatio quæ Carolum V, auctorem habet, tanquam posterior & ad speciem directa, dicenda sit abrogasse anterioribus ac generalibus licentiæ litteris, jam tum ante per totam Provinciam frequentatis, ut apparet ex traditis Radelantii, *d. decis. 125, fol. 249*. Consimiliter in iisdem annotatiunculis legere est, pronuntiasse Curiam in bonis ubicunque constitutis, vires obtinere testamentum apud Judicem pagi de Hagesteyn conditum: verùm ambigere se scribit Annotator, utrum speciali loci consuetudine innixa sit sententia, an eo ductus fuerit Judex, quod petitione legati testamentum approbasset adversarius. Ut vel hinc liqueat, quam non sit standum gregariis istis arrestographis, qui res nobis enarrant judicatas à Senatu, cui non interfuerunt, quosque sæpenumerò in proferenda decidendi ratione non parum videas hallucinari. Quâ notâ, utinam apud Belgas non laboraret Christinæus Decisionum scriptor Mechliniensium, apud Gallos Papon, ambo alioquin non indiligentes Practicarum Observationum corrogatores, plurimæque lectionis.

IV. De bonis extra Provinciam sitis citra consensum an fiat testatio?

Atque hæc de bonis in ditione nostra sitis. Idemne dicendum erit, si quis vel indigena, vel exterus testetur hîc de bonis sitis alibi? dispar bonorum, par personarum ratio est. De bonis namque alterius regionis qui apud nos testetur, quicunque is tandem fuerit, à consensus impetratione immunis est: quod licentiæ litteræ intra bona in Diœcesi nostra constituta, expressis verbis conclusæ sint: quare cùm de bonis alterius Jurisdictionis nihil tribuatur licentiæ, nec forsan fas esset ut tribueretur, palam est eorumdem bonorum adspectu nullas litteris istis partes esse, nihilque licentiæ impetrationem operari.

V. Quid in judicio?

Diximus ad bona alibi sita testandi licentiam non pertinere. Quid igitur, de iisdem bonis, si apud nos in judicio testatio fiat, eritne ea valida? Valere eam si dixerimus, vero erit propriùs, insuper habita quoque subditum inter & exterum distinctione, ut ostendimus supra: ac licet Provinciæ nostræ peculiare sit, ut apud alterius Judicis acta celebratum testamentum ad alterius Judicis territorium aut bona eidem subjecta non pertingat, de bonis tamen ejusdem nostræ Provinciæ id exaudiendum est, alioquin ante diximus sufficere, si testamentum solemnitates habeat, quas locus rei sitæ exegerit. Unde & ad bona in solo Hollandorum sita haud dubie vires testamentum explicabit, quod & ubi mos

ſit teſtandi in judicio, teſte Grotio, *in ſijn Inleyd. lib. 2, part. 17, verſ. op tWee myſen.* Quæ teſtandi forma Jure quoque Romanorum comprobata eſt, *lib. 19, C. de teſtam.*

His annectere lubet, quod nuperrime in Curia noſtra in diſceptationem cecidit: Valeatne teſtamentum Montfortienſis, qui illud æger, impetratâ teſtandi licentiâ coram Prætore biniſque Scabinis domi ordinâſſet? & in negativam ſententiam conſonantibus votis itum eſt, *hoc anno 1651, ſub feſtum Paſchatis, in cauſa van Nicolaes vander Meer ende Guerrit Beerntſz.* Quod trajectinâ civicâ lege, quam deficiente Patriâ, ſequi amant Provinciæ oppida, cautum ſit domi cuique ſuæ non aliter teſtari apud Judicem fas eſſe quam convocatis ſupra Prætorem quatuor Scabinis, duobus pluribus, quam ſi in Jure vel in loco Juri dicendo deſtinato ſuprema conderentur: nimirum quod extra judicii locum major occaſio & ſuſpicio fraudis ſit, ut propterea etiam major deſideretur cautio, ex doctrina eorum quos citat Mævius, *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 1, art. 2, num. 128.* Quemadmodum & aliàs ſeptem requiri teſtes in teſtamento ejus, qui illud extra acta judicialia, vel in alio quàm judicii loco, licet coram Judice ordinaverit, Doctoribus probatum eſt. Vid. Barry, *de Succeſſ. lib. 1, tit. 2, num. 4,* quam in Jure teſtandi viam cùm elegerit hic teſtator, & ſolemnitatibus ejuſdem ſit adſtrictus neceſſe eſt, præſertim cùm licentiæ litteræ formam teſtandi in judicio non immutent; ut propterea aptari huc poſſit vulgata ſcriptorum regula, conceſſam teſtandi facultatem datam intelligi ſecundùm ſolitam loci Conſuetudinem, ubi teſtamentum conficitur. Vid. Maſcard. *de Statutorum interpretat. concl. 7, num. 27, alleg. Afflict. & alios.*

VI. Domi noſtræ an teſtemur coram Prætore ac duobus Scabinis.

Idem quod diximus de Provinciæ Oppidis, num obtinebit & in agro? Variatum ſententiis eſt, affirmativâ modò Curiæ probatâ, modò negativâ, vid. Radelant. *deciſ. 117.* Noviſſima pro negativa deciſio, ut tempore poſterior, ita & Jure mihi potior eſt: ob infrequentiam namque hominum remitti aliquid de numeroſo illo Scabinorum numero à ratione alienum non videtur. Ne, cùm quinque forſan de judicio haberi nequeant, quod in pagis Scabinorum numerus minor, quàm in Oppidis eſſe ſoleat, nec ſit copia adhibendi Notarii, ultimo ſolatio priventur miſelli homines. Quemadmodum & Romano Jure agreſtium ſuprema ſolemnitatis laxamenti aliquid ſuper hoc ipſo teſtium numero promeruerunt. Judicatum habes inter *Ian Rutgerſſz contra d'Weduwe van Adriaen Rutgerſſz,* menſe Octobri 1617, quo plurali, id eſt, duorum Scabinorum numero Curia contenta fuit.

VII. An in agro?

Illud nos ſiſtat forſan, an Ultrajectini teſtatio abſque licentiæ litteris alibi facta, viribus ſubſiſtat ratione bonorum quæ intra Provinciæ noſtræ fines ſunt? Subſiſtere dixeris ex eo, quod ad ſolemnitatem pertineat hæc licentia, ac conſequenter non producenda ad teſtamenta alio in loco ordinata. Verum contra forſan ſe res habeat, quod licentiæ hujus impetrandæ neceſſitas non con-

VIII. An alibi citra licentiam teſtetur Ultrajectinus de bonis hic ſitis?

cernat actum testandi in genere, nec quosvis teneat testantes Ultrajecti, quæ natura est solemnitatis actui generatim præstitutæ: sed ad speciem directa eas duntaxat respiciat testationes, quæ de bonis interponuntur sitis in hac Provincia, adeoque instar Statuti realis certa afficiat bona: unde & Christinæus, *ad leg. Mechlin. tit. 17, artic. 3, in addit. in princip.* tradit formâ bonis Mechlinienſibus ad testandum præscriptâ etiam opus esse ei, qui alio in loco testamentum condiderit, asserens secundùm eam sententiam sæpiùs esse judicatum, quam & confirmat Wamesius *cent. 6, cons. 7, num. 2 & seq.* Ex quibus & illud efficitur nec ab Hollando suo in domicilio Jure condi testamentum de bonis hîc sitis citra licentiæ opem: quippe cùm illa expressim restricta sit ad bona Trajectino in solo posita, satis constat non respicere licentiam subditos solummodo aut nostrates, sed in rem scriptam mere realem esse; ac proinde ratione bonorum hîc sitorum, forenses subditosque ligare ex æquo, ut pluribus explicat Wamesius, *d. loc. num. 4.* Hanc tamen sententiam si diligentiùs excusseris, erit quod de veritate ejus addubites. Ante ostendimus licentiæ vim apud nos in eo esse, ut beneficio ejus liberemur ab eo Jure, quo apud Judicem cujusque loci, ubi bona sita sunt, testari adstringimur: ac præterea id favoris datum esse ultimis voluntatibus ex communi Doctorum placito adstruximus, ut non necesse sit adhibere loci cujusque solemnitates, ubi res soli habueris; sed sufficere, ut testeris pro more regionis, ubi tibi suprema contingerit ordinare. Unde & quondam Curia nostra intellexit valere testamentum Trajectini, conditum in Hollandia, citra licentiæ illius litteras, de rebus quæ nostræ ditioni inhærerent, *tusschen Cornelis Elbertsz cum sociis, appellanten van die vanden Gerechte, van Mijdrecht, contra Gebbeken Albers go-appelleerde den 8 Januarii 1593.* Quod si quis sequi maluerit, ita demùm sequatur, cùm non apparet, aut evidens conjectura est testatorem eo se animo alio loci testatum contulisse, quo Statutum domicilii fraudaret, aut illud æris, quod impetrandæ licentiæ nomine apud nos penditur, subterfugeret, quo casu fraudem committi, Doctores aiunt, de loco ad locum, de qua Peck. *de testam. conjug. lib. 4, cap. 29, num. 3,* Mascard. *de statut. concl. 6, num. 134, & sequentib.* quæ fraus si absfuerit, dici possit nec ex eo infirmatum iri testamentum, quod testator postea non impetratis licentiæ litteris moriatur domi, argumento eorum, quæ luculenter tradita sunt apud eundem Peck. *lib. 3, cap. 9.* Quamvis pro contraria opinione quædam adducat Mæv. *ad Jus Lubecens. part. 2, tit. 1, art. 16, circa finem.*

IX. De agro emphiteuticario quomodo testemur.

Licentiæ litteris comprehensum est ad bona emphiteuticaria eas non pertinere. Unde mirum possit videri, cùm illa apud nos pari cum feudis succedendi Jure utantur, licet in reliquis fere discrepent, cur non & hîc sibi idem Juris in utraque Legislatores esse voluerint? Apparet sane majorem apud illos emphiteuseos quàm feudi aut aliarum rerum favorem fuisse, quod de his citra

consensum testetur nemo, cùm super illa inspici velint verba scripturæ, quibus res in emphiteusin data est, ut, quidquid eâ comprehensum sit, custodiatur, *instr. Curiæ, rub. 1, art. 32.* adeoque si scripturâ contineatur, citra consensum domini de emphiteusi non iri testatum, Jus domino salvum mansurum esse atque illibatum, sin verò de eo non sit conventum, loco consensûs dominici adhiberi licentiam Curiæ, ut in rebus fit cæteris; quamvis hodieque passim consensum domini implorari non ignorem. Quod argumento est ob frequentiam terrarum sterilium, quarum etiamnum apud nos magna copia est, emphiteuses potiùs, quàm feuda, majores nostros voluisse multiplicare, adeoque excitare dominos, ut darent terras in emphiteusin, quo diuturnioris usûs ac fructûs invitamento ad impensiorem earum culturam emphiteutas obligarent.

X. Quomodo in piæ causæ favorem.

Tractatum nuper est in Curia, utrùm in causam pauperum subsistat sine licentia facta testatio? Lite super agro hæredem inter & legatarium ortâ, qui utrimque fiduciariam postulaverant adjudicationem, Curia vindicias secundùm pauperes dedit, anno 1650, circa festum Nativitatis Domini. In quam sententiam & olim video consulnisse Sercerium. Exstat famosi apud nos, dum viveret, patroni consilium, *in het derde Deel vande Consultatien, cons. 125, fol. 391*, eoque faciunt Radelantii, *decis. 125, num. 34*, quod hanc habet rationem, cùm licentiæ in hoc sint comparatæ, ut earumdem beneficio condita testamenta perinde valeant, atque si Juris muncipalis solemnitates fuissent observatæ, consequens esse privilegiata testamenta, quæ solemnitatibus istis relaxata sunt, ad causam litterarum licentiæ non pertinere: quorum in numero reponi constat, Romanâ lege, testamentum inter liberos, ob id ipsum licentiæ illis litteris non obnoxium, ex Curiæ nostræ placito apud Radelant. *decis. 44.* Pontificiâ lege testationes in usum pauperum factas, *cap. relatum, de testam.* Vid. Joan. à Sand. *decis. Fris. lib. 4, tit. 1, defin. 13.* Cujus piæ causæ nomine venire relictum famulis aut similibus personis, qui ægre vitam tolerant, etiamsi expresse non sit adjectum, ad pias causas, Curiam nostram censuisse accepi, *op den 19 Decemb. 1648, in causa van Cornelia Porses requirante, contra Cornelis van Rijnevelt qualitate qua, gerequireerde.* Firmatur sententia traditis Corenii, *Decision. 31, num. 28.* Rebuff. *de sentent. provis. art. 3, gl. ult. versic. ult. legata, &c.* Quamvis, si verum amamus, Juris civilis rectior auctoritas, quo communi Juris ratione muniendum esse ejusmodi testamentum satis apparet, *ex l. 13, C. de sacros. Eccles.* tanti apud nos esse debuerat, ut negaremus eam antiquari posse ullo flaminis decreto, paupertatem profitentibus sæpe plus satis amico, cùm & videam Senatum Parisiensium dubitâsse, an pro testamento oporteat observare, quod morientem locutum esse testes asseruissent, propterea quod hodie planior testandi forma successerit in locum Romanorum rituum, ac proinde ea saltem servanda veniat solemnitas, cui municipalis cujusque lex testamenta subdiderit. Habent Chopin. *de privilegiis*

XI. Quomodo inter liberos.

rusticor. lib. 3, cap. 7, num. 9, Charond. *lib. 11, resp. 47, circa finem.* Christinæus, *ad leg. Mechlin. tit. 17, art. 1, num. 42*, de viribus dispositionis addubitat Grot. *in manuduct. lib. 2, part. 17, in fine.* Sane pietati Evangelicæ haud consentaneum esse, civiles bonorum acquisitiones, legum nexibus, piæ causæ favore, eximi purior religio jam pridem animadvertit, idque ipsum nuperrime *disput. de testam. privileg. thes. 10*, non inconcinne complexus est lectissimi ingenii, ac singularis facundiæ Juris antecessor, Henricus Morcelse, qui mihi præ cæteris auctor fuit, ut animum ad scribendum appellarem, nec instare monere ut incœpta peragerem, unquam destitit, usque adeo donec perpulit.

XII. Quomodo testetur emphiteuta?

Eadem in causa & hoc dubii motum fuit, utrùm sine domini directi consensu de agro vectigali testandi ad pias causas facultatem habeat emphiteuta, si expressim pactis sit cautum, ne sine illo consensu testari sit liberum. Nihil mihi periturum veritati videtur, si habere negaverim. Remissio quippe solemnitatum nihil operatur in præjudicium dominici consensûs, cujus impetratio non solemnitatis est, sed Juris, domino in agro ex stipulatione competentis.

XIII. Quomodo vasallus, & quid inter liberos?

Quare de feudis & ad pias causas, testans sine domini consensu testamentum labefactat, cùm & hîc consensûs impetrandi necessitas causam trahat à Jure domini, cui inconsulto vasallus non obtruditur: privilegiata autem causa nunquam trahitur in alieni Juris imminutionem? In quam sententiam propendere videtur. Christin. *Vol. 1, decis. 304, n. 26*, hinc & recte traditum est apud Fred. à Sand. *ad consuet. feudales Geldriæ, tit. 2, cap. 1*, eo consensu illi quoque opus esse qui inter liberos condat testamentum, quamvis & hoc privilegiati species sit.

XIV. Quid si dominus subditus, non vasallus Ordinum fuerit?

Tandem & illud monendi sumus, cùm, *art. 32, rub. 1, instructionis nostræ*, scriptum sit dari licentiam testandi de feudis quibuscunque, quorum domini directi vasalli sunt, & subditi Ordinum Trajectensium, judicâsse Curiam *die ultimâ Julii 1596*, sufficere alterutrum, ut, vel vasallus sit dominus, vel subditus, atque ita substitisse testamentum vi concessionis Provincialis conditum, citra consensum Præpositi Ecclesiæ Trajectensis majoris, unde recognoscebatur feudum. Idem à Curia intellectum contra Abbatem Sancti Pauli: quorum dominorum uterque subditi erant Ordinum Trajectensium, vasalli non erant, quod suam sibi peculiaremque Curiam feudalem haberent. De utroque testatur & Radelantius, *decis. 115.*

CAPUT

CAPUT V.

De Statutis realibus quæ circa actûs seu dispositionis versantur substantiam.

SUMMARIUM.

I. *Statutum ne conjux conjugi donet, leget, reale esse, adeoque non licere conjugibus Hollandis sibi invicem relinquere bona sita Ultrajecti.*

II. *Contra Ultrajectinos sibi invicem efficaciter relicturos bona constituta in Hollandia.*

III. *In Geldria sita bona, testationem de allodialibus inhibente, non item.*

IV. *Geldrorum contra de bonis apud nos sitis testationes tenere.*

V. *Statutum, in res ubicunque sitas scriptum expressim, forensibus bonis legem non ponere, sed actionem generare personalem, quâ consequatur rei æstimationem is cujus interest eam legatam non esse.*

VI. *Quid tamen si Statutum loci rei sitæ resistat dispositioni conjugali?*

VII. *Si quis apud nos decimo quarto ætatis anno testetur, frustra-ne is erit quoad bona sita Mechliniæ vel alibi, ubi ætas ad testandum desideratur major?*

VIII. *Num locus ubi testatio peragitur, inducat Juris diversitatem, si ut nostras de sui territorii rebus testetur in Geldria, de Geldricis contra apud nos Geldrus; vel nostras rerum Ultrajectinarum liberalitatem in conjugem conferat in Hollandia, vel contra?*

IX. *Ultrajectinus ex uxore prolem non habens, vel Amerfurtiensis, cui liberi sunt communes, an Jus habeant alienandi res sitas in Hollandia, ubi citra consensum uxorium alienatio licita est.*

X. *Ubi de potestate mariti nostratis citra venditionem ac alienationem immobilium ac disperditionem.*

XI. *Ac præterea de effectu hypothecæ à marito illiberi sine consensu uxoris constitutæ.*

XII. *De effectu communionis conjugalis quoad bona extra locum domicilii contrahentium constituta.*

XIII. *Pactitia conjugum communio an protendatur ad ejus territorii bona ubi illa communio non frequentatur.*

XIV. *Consuetudinaria seu statutaria bonorum inter conjuges communio; cujus naturæ ac effectûs?*

XV. *Communione non obtinente eo loci, ubi contrahitur matrimonium; nec communicantur bona alterius loci, ubi frequentatur communio. Quid tamen si tum nominatim pacta sit communio?*

XVI. *Quod Jus cujusve loci spectari conveniat, in dirimenda creditorum de prioritate, contentione.*

XVII. *Quod in feudis, loci servientis, an Curiæ dominantis.*

SED de solemnitate tantum est, imò plus nimio forsan quàm patiebatur Commentarioli nostri ratio. Verùm quæ de nostrate testandi licentia, indicta aliis, in gratiam popularium disserui paulò uberiùs, condonent exteri. Tandem ergo eæ percunctandæ sunt quæstiones, quæ ipsam actûs substantiam concernunt, vel res de quibus dispositum fuit. Exempla sunto.

Conjux conjugi nil donato, nil relinquito, ut apud nos Ultrajectinos.

De rebus soli allodialibus nemo testator, ut apud Geldros.

Vir illiberis immobilia sine uxorio consensu non alienato, ut nostrorum civicâ lege comprehensum est.

Vir idem ne vel existentibus liberis facito, ut apud Amersfurtios municipalis lex tenet.

Vir decimo octavo anno major, ante vigesimum tamen, immobilia non alienato, ut patria habet ordinatio.

I. Statutum ne conjux conjugi leget, reale.

Persequar singula: & quidem de primo quæsito multa apud multos scriptio est, affirmantibus aliis reale esse, nec territorium egredi Statutum, quo conjugibus inhibetur sibi invicem gratificandi facultas, aliis personale esse contendentibus. Quæstionis diligentiùs excutiendæ causam mihi præbuit nuperrima litis illustris apud nos terminatio. Diemenus, Indiæ Orientalis, quæ Belgis unitis paret, Præfectus, cùm in arce Batavia diem obiisset, scriptâ ex uxore asse hærede, ac consequenter etiam eorum bonorum, quæ in ditione Trajectina sita essent. Quæsitum est, cùm per loci nostri leges inhibita sit omnis inter conjuges gratificatio, citra mutui ususfructûs causam, nostratia bona propinquis cederent ab intestato, an scriptæ hæredi? Causâ ad Ordines per modum revisionis, ut loquimur, perductâ, ac compluribus in sententiæ disquisitionem vice sacrâ venire jussis, affatim super eo disceptatum fuit: personale nimirum, an reale habendum sit nostrum Statutum. Videamus quid in utramque partem possit afferri. Sui cuique sententiæ non desunt assertores. En complures eorum, qui personale esse Statutum, adeoque exteros non constringere propugnant. Tessaur. *quæst. forens. lib. 2, quæst. 4, num. 5.* Merlin. *de legitim. lib. 3, tit. 1, quæst. 19, num. 14 versic. Jason. tamen.* Coras. *de art. Juris. part. 3, cap. 13, circa.* Nostras Radelant. *decis. 126, n. 12.* Carpan. *ad Statut. Mediolanens. cap. 295, n. 16, 17, 18.* Pis. *var. resolut. lib. 1, cap. 1, n. 17.* Pingizer. *quæst. 29, n. 49, 51, 52, 55.* Et ii quidem hisce argumentis juvari videntur. Quod Statutum vel Consuetudo normam præscri-

bens certo actui à persona peragendo, sine cujus actûs interventu contra Statutum nil queat committi, in personam, non in rem scripta esse videatur. Quod ex certo posita personarum generi, fundataque in ratione statûs conjugalis adeoque qualitas personalis, personis, non rebus data esse videatur. Quod Statuti ratio eadem apud nos sit, quæ apud Romanos prohibendæ donationis inter vivos fuit, ne conjugalis amor pretio sit venalis, adeo ut eâ subditorum duntaxat commodo ac tranquillitati prospectum dixeris. Quid autem ad Ultrajectinos Hollandorum conjugum discordiæ? Atque hæc quidem in proposito Statutum personale esse, adeoque ad exteros non pertinere arguunt. Contraria tamen sententia rationibus sustentatur fortioribus, ac longe plurimorum, & quidem nobilissimorum Scriptorum tulit suffragia. Argentr. *ad consuet. Britan. ad art. 218, gl. 6. num. 29.* Burgund. *ad consuet. Flandriæ, tract. 1, num. 36 & 41.* Molin. *ad lib. 1, C. de summa Trinitat.* Dassel. *ad consuet. Luneburgens. cap. 8, num. 20, 21 & 22.* Peck. *de testament. conjug. lib. 4, cap. 28, num. 6 & 7.* Cuyck. *ad consil. Gravetæ 844.* Chæval. *quæst. 724.* Bouvot. *quæst. notabil. in versic. institution d'héritier, quæst. 3.* Christin. *ad Leg. Mechlinienf. tit. 17, art. 3, n. 4, Consilium apud dissentientem* Chassan. *ad consuet. Burgund. Rub. §. 7, verb. per testament. num. 12.* Eamque sententiam hoc argumentum tuetur, quod, ut personale dicatur Statutum, non oporteat inspicere rationem, quæ moverit forsan Legislatores, nec non quibus personis, aut quorum intuitu Jus ejusmodi sit comparatum, verùm quid qualeve illud ipsum sit quod prohibeatur: ut si reale sit prohibitum, qualis est rerum inter conjuges alienatio, reale audiat Statutum, adeoque denominatio Statuti desumenda sit ab objecto, seu re ad quam applicatur, personæ, vel inhibita, vel permissa agendi facultas. Unde certissima usu ac observatione regula est, cùm de rebus soli agitur, & diversa sunt diversarum possessionum loca & situs, spectari semper cujusque loci Leges ac Jura ubi bona sita esse proponuntur, sic ut de talibus nulla cujusquam potestas sit, præter territorii leges. Exornat hunc locum Argentr. *ad d. art. 218, gl. 6, num. 2,* probant Frederic. à Sand. *tract. 1, tit. 3, cap. 2, §. 4, num. 9, fol. mihi 245.* Goris, *in Adversar. tract. 1, cap. 6, num. 12.* Personæ autem viri & uxoris fit mentio, non ut personale evadat Statutum, sed ut appareat de quo hominum genere loquatur, Arg. *leg. 7, §. 8, de pactis.* Porrò quod Jus hoc inductum diximus ne turbentur matrimonia, turbaverit hoc neminem. Fac enim conjugum qualitatem causam dedisse legi, ne dixeris tamen inde legem ipsam personalem esse: separanda quippe ratio dispositionis ab ipsa dispositione est: ea namque in rem scripta, realis esse non desinit, personæ licet lata intuitu. Verùm nec tam personalis illa qualitas in consideratione nostri Statuti est, quàm favor legitimorum hæredum, ne iis profusâ conjugum erga se invicem liberalitate hæreditas intervertatur, idque ipsum probant

Hollandis conjugibus integrum non esse legare sibi invicem bona apud nos sita.

Chassan. *d.* §. *7*, *verb. donationis*, *num. 3.* Peck. *de testament. conjug. lib. 4*, *cap. 1*, *num. 5.* Argentr. *ad Consuet. Britann. d. loc. num. 29.* Burgund. *d. tract.* §. *44*, *& in proloquio*, *n. 8.* Idque ipsum si nostratem legem adspicias, indubium est : tenet enim apud nos reciproca ususfructûs donatio, etiam eorum conjugum, qui fortunis, ætate dispares sunt, valetque collata in valentem ab altero qui fato propinquus sit, ut tum mera omninò compendii sit captatio : cùm Romanæ prohibitionis ratio donationibus inhærens inter vivos omnem inæqualem inter conjuges gratificandi materiam excludat. Atque & omnia Jura succedendi ab intestato scripta sunt in favorem hæredum legitimorum, quæ tamen propterea nemo dixerit esse personalia. Ad hæc summa ratio est quæ pro hac sententia facit. Quid? Ultrajectinarum rerum in conjuges transcribendarum Jus subditus non habebit, habebit exterus, eorumdem bonorum ratione, melioris conditionis futurus quàm indigena? Atque hæc sententia in causa modo memorata omnium calculos tulit.

II. Contra Ultrajectinos efficaciter relicturos bona constituta in Hollandia.

Ex superioribus & illa definita quæstio est quæ per contrarium movetur, Ultrajectinum res soli Hollandicas efficaciter relicturum conjugi. In rem quippe scripta prohibitio fines territorii non egredietur, adeoque nec legem ponet bonis sitis in Hollandia. Illud summâ providentiâ receptum esse ante docuimus, status aut conditio personæ si afficiatur, per consequentiam res quaslibet adstringi, ut ab ejusmodi conditionis persona eæ nequeant alienari, cæterum directe res afficere, aut in ea causa constituere fundum sibi non obnoxium, ne in certas personas alienetur, omninò ius esset dicere extra territorium, quæ nullius Statuti directò vis est atque efficacia. Et certe cùm ad nostri territorii fundos, qui ad Hollandos pertinent, effectum porrigant Statuta nostratia, ut judicatum supra : nonne vicissim suâ lege loci teneri æquum est Hollandici soli res ad Ultrajectinos pertinentes? Et in hanc sententiam super bonis nostratibus respondisse video, *R. van Amsterdam*, apud Hollandos, ut accepi, patronum quondam celeberrimum. Legitur consilium.... *consil. 37.* Consentiunt Brodeau *sur Louët*, *lit. C. num. 42*, *circa finem.* Burgundus, *ad ll. Flandriæ tract. 1*, *num. 40*, *41.* Charond. *lib. 3*, *resp. 16*, *idem*, *aux Coutumes de Paris*, *tit. des Donat. & Dons mutuels*, *art. 281*, *in fin. fol. mihi 203.* Barry, *de Succeff. lib. 1*, *tit. 1*, *num. 46*, *in fine.* Peck. *de testament. conjug. lib. 4*, *cap. 28.* Chopin. *ad ll. Paris. lib. 2*, *tit. 4*, *n. 15*, *& de privileg. rusticor. lib. 2*, *cap. 2*, *num. 4.* Wamesf. *cent. civil. 6*, *cons. 6*, *num. 1*, *versic. Cæterum.* Quæ sententia juvatur & *art. 32*, patriarum consuetudinum, jussu Ducis Albani collectarum, quo bona nostratium extra ditionem constituta, in donationibus, legatis, ususfructûs donationibus & successionibus dijudicanda esse memorantur ex loci cujusque lege, ubi sita sunt.

III. In Geldria sita bona testatio-

Eodem ex fonte promanat alterius controversiæ decidendæ ratio, quâ quæritur, an quæ apud Geldros tenet consuetudo, ne cui de

rebus allodialibus testari liceat, constringat & forenses de bonis in Geldria sitis etiam aliò loci testantes. Cujus quoque affirmativam adstruxit optimus patrii sui Juris interpres Frederic. à Sande, *ad Consuet. Feud. Geldriæ, tract. 1, tit. 3, cap. 2, §. 4, num. 9, fol. mihi 245*, vel eo veriorem, quod hæc alienandi prohibitio nec rerum quarumcunque sit, sed allodialium, nec quocunque teneat modo, sed per ultimam duntaxat voluntatem, adeoque non omnis generis, omniumque rerum vetita sit alienatio : nedum ut ageretur de personæ statu, quando demum personale dici Statutum ante demonstratum est. Unde recte traditum est apud Præsid. Everard. *consil. 71, num. 9*, reale esse Statutum de uno genere bonorum testari prohibens, de altero permittens.

nem de allodialibus inhibente, non item.

Casui, qui è converso est, idem Jus, eademque quæ superioribus, constat ratio : nimirum integrum esse Geldro de bonis extra Geldriæ limites constitutis testamentum condere : eoque magis quod testamenti factio Geldris in universum non sit adempta, nec ita quasi persona ipsa testamenti faciendi foret incapax : allodialium namque ac immobilium finibus inclusa prohibita, alterius generis, aut loci prædia non afficit.

IV. Geldrorum contra, de bonis apud nos sitis testationes tenere.

Diximus rerum alienationibus imposita Statuta ad alibi sita non produci, neque ea quoque in dubio capienda præsumptio est, ut alieno territorio leges imponere voluisse censeantur Legislatores, ut recte observat Burgund. *d. tract. 1, num. 45, circa finem.* Quid autem, si in bona ubicunque sita expressim concepta sit Consuetudo, ut ne vel ea legare, aut mortis causâ donare, sibi invicem fas sit conjugibus? Dicendum est donationem propterea non labefactari : non enim potuerunt Jurisdictionem, ut maxime voluerint statuentes, ad alibi sita bona directe porrigere : cæterùm tamen Jus in re licet non tribuat Statutum; personas tamen conjugum astringere nulla dubitatio est, adeoque actionem gignere personalem, ut qui citra Statuti prohibitionem rem nactus fuerit, alterius hæredibus personali actione teneatur ad id quod eorum intersit donationem celebratam non esse. Huc faciunt tradita à Burgund. *num. 45 & 46*, non tamen ut ex eo quod sciverit prohibitionem Statuti, irritari dixeris ex doli clausula, donationem : cui tamen simile quiddam ratiocinatur Burgund. *d. tract. 1, num. 31, circa finem*, cùm enim ipsa donatio seu mancipatio teneat, nequicquam repugnante domicilii prohibitione; utique pœnam aliquam non meretur, quod lege sitûs permittente, me vel scientissimo, factum est : in tantum verò prohibitorium Statutum poterit imperare, ut persona ei subdita obtemperare habeat necesse, aut quod alteri eo nomine abfuerit, resarcire : commune enim DD. effatum est, Statutum afficere posse personam subditi, etiam quoad bona extra territorium sita, quando nominatim statuentes hoc edixerint. Vid. laudatos à Grivell. *decis. 104, num. 44 & 45.*

V. De Statuto scripto in res ubicunque sitas.

Hoc ita si Statuta locorum ubi bona sita sunt non repugnent, aut resistant isti, quod est in loco domicilii, qui casus à præce-

VI. Quid si re-

pugnet ei Statutum loci rei sitæ.

denti conversus est, ut observatum est ab Argentreo, *ad 218, gl. 6, n. 38.* Fac enim Hollando Patriam legem expressim dedisse facultatem conjugi gratificandi de bonis ubicunque sitis. Respectu rerum nostræ Provinciæ frustra erit Legislator Hollandus, & ne quidem personalis nascetur actio, quâ petatur æstimatio. Quia Statutum loci, cui fundi obnoxii sunt, repugnat dispositione prohibitivâ aut annullativâ : aliter enim si dixerimus, perlusorium redderetur Statutum Trajectinum, & nulla potestas statuenti foret in prædia sibi obnoxia, quæ ad Hollandos, aut exteros pertinerent, resque effectu eodem recideret, ac si rei, contra prohibitionem Statuti, legatæ deberetur æstimatio, contra quam communiter traditum est. Vid. Sand. *lib 4, tit. 4, defin. 4.*

VII. Ætatem testandi metimur à loco ubi bona statuta sint.

Valde affine erit disquirere, utrum ætatis quâ testari liceat definitiva lex, vim suam proferat in externa alterius regionis prædia. Utar exemplo. Ultrajectina in Provincia, cùm nullum sit tempus testamenti factioni præstitutum, frequentatur Jus commune, quo uti mares quatuordecim, fœminæ duodecim annorum de rebus suis legaverint, ita Jus est.... ad exemplum Meldensis Provinciæ, in qua cùm itidem ætas nulla testationibus ultimis assignata esset, judicavit Curia Parisiensis supplendam omissionem ex lege Romana, referente Chopin. *de morib. Paris. lib. 2, tit. 4. n. 6.* Eadem quæ apud nos est, tenet apud Hollandos & Antuerpienses consuetudo. Quanquam, si non ex auctoritate, sed ex veritate res æstimanda foret, quotusquisque erit, qui non dixerit præmaturius esse hoc tempus, quo de bonis in alium conferendis cum fraude hæredum legitimorum, decernant adolescentuli; cum tenella illa ætas insidiose obsequiosum ab amico vero internoscendi facultatem non habeat; compertumque sæpe sit scriptos ab ea hæredes, quos captator aliquis jusserit, vel crustulis fuerit eblanditus. Quare si vel Parisiensem legem, quâ infra vigesimum quintum annum de feudis testari licet nemini: vel, si hoc paulò altiùs videatur excurrere, Mechliniensem, quâ duodevigesimo maribus, sextodecimo fœminis testamenti factio est, vel Pictonum, quâ idem licet maribus viceno, fœminis decimo octavo anno, ratione ac æquitate patrio more an testari dixerim, libera magis vox quàm erronea esset. Sed, ut id quod instat agamus: quid si nostras testetur anno ætatis decimo quarto, sortieturne effectum dispositio in rebus, quæ alterius regionis solo inhæreant, in qua major ad testandum desideratur ætas? Sit dubitandi ratio, quod de personarum ætate ac capacitate lata lex in personam concepta esse videatur, adeoque ad quæcunque producenda territoria. Verùm contra reale Statutum esse inde dixeris, quod in statum ac conditionem personæ non sit scriptum, sed expressim directum in rerum alienationes aut alterationes, & quidem per solam testamenti speciem, adeoque circumscriptive ad istum alienationis actum, cujusmodi Statuta realia esse traditum sæpiùs: & vel

inde in proposito conspicere est, quod immoto personæ statu, quæ nulla ex parte tutelæ subducitur, auctoritate tutoris non spectante minoris testationes, tribuatur nostratibus hæc testamenti factio, adeoque cùm status non turbetur, lex personalis dici nequeat. Unde nec Justiniano nostro reposita hæc de testandi potestate materia inter personalia Jura, quæ primo Institutionum libro profitetur se pertractare, sed in sequente demùm libro tradita, ubi de rebus se acturum edixerat, & in hanc sententiam concessit Mechliniense Concilium, memorante Christi. *vol. 1, decis. 282, num. 12*, ubi speciatim meminit testatoris nostratis. In eandem & Curiæ Parisiensis Senatores coïerunt præjudiciis compluscules. Chopin. *de moribus Paris. d. num. 6.*

VIII. Num locus ubi testatio peragitur, inducat Juris diversitatem?

Locus autem, ubi actus conficitur, Jurisne diversitatem inducat, videamus. Fac Hollandum testamentariam in uxorem largitatem celebrasse Ultrajecti, Ultrajectinum de rebus suis, non repugnante soli lege testatum esse in Geldria, aut utrobique per contrarium Ultrajectinum in Hollandia, aut Ultrajecti Geldrum sua ordinasse suprema. Sustinebiturne, aut irritabitur ordinatio, prout habebit se regionis mos ubi scriptio peracta fuerit? nequaquam: formam enim actûs spectantia diriguntur quidem ab isto loco: materiam autem dispositionis, quæ concernunt Statuta attendenda sunt, ubicunque alicui de bonis istis testari contigerit. Unde cùm ejusmodi Statutis rerum duntaxat vetita sit alienatio, & quidem certo tantùm modo, adeoque status personæ non discutiatur aut turbetur conditio, consequens est dicere Statutis iis tanquam mere realibus, omni casu locoque res affici, ad bona alibi sita non pertingentibus.

IX. Maritus nostras illiberis an alienet res Hollandicas sine consensu uxoris.

De prohibita conjugum donatione diximus, succedat illa prohibitio, quâ per Statutum Trajectinum vir liberis communibus carens, immobilia citra consensum uxorium non alienat, & suo more Amersfurtiensis ne quidem liberos habens. Eritne & illa Jurisdictionis suæ limitibus ita circumscripta, ut vis ejus nulla sit in prædia extera? Ego hîc aliud à præcedentibus haud facile dixerim. Directe enim in rerum alienationem scripta hæc lex, realis omninò dicenda est: nec enim Statutum reale sit, an personale metiri oportet à ratione quæ à conjugali forsan qualitate fuerit ducta, sed ab ipsa re, quæ in prohibitionem Statuti ceciderit, de quo fusiùs egi supra. Atqui videri posset prohibitorio hoc Statuto maritalem circumscribi potestatem, adeoque illud esse personale, ut vires obtineat ubique locorum: haud aliter atque uxorem, quæ in tutela ac potestate viri est, citra auctoritatem ejus nullibi nec contrahere nec alienari posse supra adstruximus: verùm Statuti nostri verba propriùs expendenti, disparitas rationis in aperto erit. Illic quippe mulieri posita lex statum ejusdem turbat, ut mariti in se tutelam, quam in loco induit domicilii, circumferat mulier ubique. Cùm prohibitoria nostra lex in maritum sit scripta, cujus status non turbatur, aut alteratur conditio, sed tam suas

res quàm uxorias, vel potiùs sibi cum uxore communes (communionem enim bonorum respici dixeris à Legislatore quam induxerat inter conjuges articulo præcedenti) mancipare volenti marito ea lex ponitur, ut isti fini comparere necesse habeat conjugum uterque. Ex eo autem quod apud nos prohibeat Legislator marito mancipare immobilia coram judicio.... haud dubie scripsisse cum duntaxat apparet Statutum in bona judicio illo suo subjecta, adeoque ad alterius Jurisdictionis prædia non voluisse illud excurrere. Non ita tamen ut ad formam actûs spectet prohibitoria Statuti oratio: quando in hoc requiratur consensus uxorius, ne hærediis suis vel rebus soli temerè à marito privetur mulier: cùm ita demùm formam respicere constet consensûs alterius adhibendi necessitatem, si de nullo consentientis agatur incommodo, Tiraquell. *ad leges connub. gl. 6, num. 5 & 7*, ut si nostras innupta apud Geldros iret litigatum, ubi pro more ibidem recepto curatoris assumendi solemnitate adstringeretur. Verùm, ut apud nos se mores habent, non adeo magni momenti, effectum si respicias, hanc prohibitionem esse vel illud argumento est, quod ipsa licet mancipatio vel translatio, seu ut Statutum habet.... non teneat, teneat tamen exemptionis contractu actio personalis, cujus beneficio ad solemnem rei traditionem in maritum emptor agit, ut si ille judicata detrectet facere, carcere eo adigatur, vel contumaciâ perseverante, aut marito non efficiente, ut consensum mancipationi accommodet uxor, æstimetur à judice, quanti emptoris intersit rem sibi mancipatam non esse, illudque ipsum in uxoris, juxta ac mariti bona, mandetur executioni. Quod & Burgundo probatum vidi, *in tractatu de Evictionib. cap. 35, num. 6.* Mariti nimirum uxoris fundum, contra consuetudinarii Juris prohibitionem vendentis alienatio licet non subsistat, teneri tamen uxorem quoque personali actione ad id quod interest propter evictionem, id est ad refusionem pretii, & præstationem ejus quod interest: quia, inquit, debitum illud incidit in communionem. Hinc recte traditum est apud Charond. *lib. 2, responf. 29.* ejusmodi maritum in eadem causa esse cum quovis venditore rei alienæ. Cui consequitur uxorem teneri hoc debito, æque atque aliis omnibus, se nesciâ, à marito contractis. Ita apud nos ex maritali ejusmodi traditione rei vindicatione agens emptor repulsam tulit, ex empto postea agens ut rite res sibi mancipetur, non tulit: de quo tamen quoad mores Geldrorum dubitat Goris, *in Not. ad* Sand. *de Effestucat. cap 4, n. 13, in fin. & in Adversariis noviff. edit. tract. 3, part. 2, cap. 6, n. 13.* Quemadmodum & hypothecam constituens apud nos ejusmodi maritus, quanquam nihil agat realis actionis adspectu, personalem tamen contraxit obligationem, utrumque conjugum æquo onere pressuram. Quin & ex eo elucessit non adeo præjudicium uxoris in consideratione Legislatoris nostratis esse, quod vel invitissimâ uxore quomodolibet contrahere, vel æs alienum conflare, unaque

De potestate mariti improlis in vendendis ac transferendis immobilibus.

X. Maritus illiberis pignori dans rem immobilem citra consensum uxoris, an personali saltem actione constringat uxorem?

unàque uxorem adſtringere valeat maritus, unde poſtmodum æris illius diſtrahendi cauſâ neceſſaria rerum ſequatur alienatio. Hinc crebram memini vocem Everardi vander Schuer, celebris quondam apud nos Advocati, dicentis mores ſe noſtros in eo demirari, quod viro prolem ex uxore non habenti alienare res ſoli prohibitum ſit, rem omnem vel in lupanari prodigere non ſit. Quare Hollandica prædia non conſultâ uxore valide alienat conjux Ultrajectinus, nec minus Ultrajectenſia prole donatus Amersfortenſis; cui ſententiæ faciunt quæ diſputat Burgund. *tract. 1, num. 9.*

XII. Communio bonorum inter conjuges, cujus effectus?

Illa quæſtio prætermittenda non eſt, communio conjugum an & illa pertineat ad realium Statutorum claſſem, vel an eâ comprehendantur bona ſita alibi, ubi eadem conſuetudo non obtinet. Exemplum eſto. Ultrajectinis aut Hollandis conjugibus res ſoli ſunt in Friſia, non niſi quæſtuum agnoſcente communionem. Quæritur an & illæ res incidant in univerſalem bonorum communionem, quæ apud Ultrajectinos Hollandoſque juxtà frequentatur. Torſit hæc quæſtio præclariſſima ingenia, adeoque diſtraxit in partes diverſas, ut nonnulli alterius territorii bona communioni includi aſſererent, negarent alii. Acriter cauſam priorem agit Molinæus, *conſ. 53*, in cujus ſententia refellenda deſudat admodum vir præſtantiſſimus Argentreus, ad *art. 218, gl. 6*, longiùſque ardore contentionis (ut fieri aſſolet) abreptus Molinæum exagitat quod cogitationibus & ingenii confidentiâ fretus, ſuum illud ſcripſerit conſilium, ut ſuſceptam cauſam, non ut meliorem, tueretur. Mediam quodammodo viam ingreſſus Burgundus, *tract. 1, num. 15*, litem ita componit, ut perſonale quidem eſſe Statutum aſſerat; cæterùm tamen ad alterius territorii bona vim ſuam neget exerere. Tractat, non pertractat hanc quæſtionem Goris, *Adverſ. tract. 1, chap. 6*, neutram in partem interpoſito judicio. Operæ prætium eſt excutere eam accuratiùs. Tres facti ſpecies diſpeſcit Argentreus. Aut nullo habito tractatu coïtur matrimonium, lege ſolummodo trahente ſecum communionem, aut tabulis antenuptialibus pacta eſt, ſed ſimpliciter bonorum communio, aut denique eo expreſſim adjecto, ut in bonis ubicunque ſitis obtentura ſit communio. Ego ſpecies poſteriores duas coincidere putaverim. Nam quod Argentreus autumat inductam pacto ſimpliciter bonorum communionem, accipiendam eſſe de iis ſolummodo bonis, quæ domicilii finibus includuntur, vix eſt ut admiſerim, niſi conſuetudo aut Statutum communionem intra cancellos territorii coerceat expreſſim, ut tum in ambiguo, ſecundùm Jus patrium contracta videatur communio. Verùm indefinite ſi conceptum ſit Statutum, res coëuntium in commune redactas dixeris univerſas, ubicunque ſint ſitæ: generaliter enim vel ideo locutum eſſe Legiſlatorem veroſimile eſt, ne bonorum inter ſuos conſortia nimiâ contingat laborare inæqualitate, vel pror-

ſus etiam claudicare, ſi res alterius intra territorium, alterius extra ſint; ac conſequenter & pactam tum indefinite communionem accipiendam eſſe univerſaliter nullus dubitaverim. Quare potiùs bimembris eſto præſens quæſtio, adeoque primum dubium. Utrùm Pactitia Trajectinorum, Hollandorumve conjugum communio coarctetur intra ejus territorii bona, ubi eadem communio frequentatur. Conſtat Jure noſtro omnium bonorum contractâ ſocietate tacite intelligi interveniſſe traditionem, *leg. 2, ff. pro ſocio.* Per mores autem pactitiæ huic bonorum inter conjuges communicationi is effectus mancipandi attribuitur, ut perinde habeatur ea valitura, ac ſi rite communicationem illam, aut mancipationem profeſſi eſſent conjuges, apud acta cujuſque loci publica, ubi bona ſita ſunt. Vid. Goris, *in Adverſar. ad Conſuet. Geldriæ, tract. 4, §. 21, num. 3.* Ut appareat quæſtionis judicationem in eo eſſe, utrùm in loco rei ſitæ, idem qui in loco contracti matrimonii, quoad vim mancipandi, pacti antenuptialis ſit effectus, an non ſit: ut illo caſu ipſa rerum, ſeu corporum, mutua facta ſit mancipatio, ſeu communicatio, hoc non item. Quare dicendum eſt bona Friſiaci territorii in matrimonium allata, redacta videri in commune, cùm & ibi (ni fallor) id moris ſit, quod in pleriſque Belgii Regionibus obtinet, ut donatio contemplatione matrimonii celebrata ipſo Jure factoque mancipet, nec opus ſit actis loci publicis eandem inſinuari. Quare per contrarium feuda (unde duxit argumentum Burgundus) niſi coram Judice loci dominantis facta ſit inſinuatio, in contractam hanc communionem non incidunt: quanquam ſi recte calculum pono, parum convenienter feuda in confirmationem adducuntur, quod ſpectetur in illis Jus tertii, domini directi, non manſurum illæſum, ſi citra ejus conſenſum feuda dividerentur, aut alius adoptaretur vaſallus; favore autem matrimonii nulli hominum Jus ſuum detrahitur. Tum tamen num ipſa corpora, vi pactorum antenuptialium, in commune non ſunt redacta, refragante nimirum loci lege, quæ hujuſmodi mancipationem ex cauſa nuptiarum non admiſerit, ſocietatis tamen judicio, ad conſequendam eorum communicationem, agetur contra ſocium, qui bona illa in matrimonium contulerit, *arg. leg. 74, ff. pro ſocio*, quorum communicandorum facultatem ſi non habeat ſocius, tenebitur ad id quod intereſt pacta conventa adimpleri, quod & in feudis eadem ratione obtinet, teſte Frederic. à Sande, *ad Conſuet. feud. Geldriæ, tract. 2, tit. 2, cap. 3, num. 6*, Goris, *tract. 1, in Adverſar. cap. 3, num 8.* Quamvis de feudis id tum demum reſpondent DD. ſi ſpeciatim eorumdem pacta ſit communio: haud dubie, quod contra tertii Jus non præſumantur contrahentes quippiam voluiſſe committere extra ſpeciatim expreſſam voluntatem; contra quam dicendum eſt in communis naturæ bonis, in quibus alii Jus nullum competit,

XIII. Pactitia conjugum communio, an protendatur ad alterius territorii bona.

Corpora ipſa ſi communionem effugiant, agitur ad eorum communicationem, vel ad id quod intereſt pacta conventa adimpleri.

Quid de feudis expreſſim ſtipulata communione comprehenſis?

quæque ſitûs tantùm ſeparantur diverſitate. Hæc ita de bonis quæ jam ante ſocietatis auſpicia ad conjugum quemque pertinebant. Alia ratio eorum eſt, quæ ab alterutro conjugum durante ſocietate acquiruntur : licet enim contractu antenuptiali transferantur rerum dominia, quod per traditionem tacitam utrinque bona intelligantur communicata, *d. leg. 2*; poſtea tamen, ſi qua bona coëmerit alteruter, aut comparaverit, protinùs communia non ſunt, ſed ſocietatis illius judicio contra ſocium agitur ad conſequendam eorumdem communicationem, *leg. 74, pro ſocio & ibi gloſſ.* In locis igitur qui ſcripto illo Jure reguntur conſtituta, conſtanteque matrimonio acquiſita bona in communionem non incidunt, ſed eorum ratione, diſſoluto matrimonio, uxor agit in partem. Vid. Goris, *in Adverſ. tit. 1, cap. 5.* Uſum hæc noviſſima in allodialibus habent perexiguum, quod apud pleraſque fere gentes ab uno quæſitum acquiritur utriſque; in feudis tamen etiamnum obtinent : quæ quamvis redigantur in commune, ſi tabulis antenuptialibus acceſſerit domini conſenſus, poſt quæſita tamen ei ſolum conjugi cedunt, qui per ſolemnem conceſſionem ad dominium admiſſus eſt, intendente tantum altero ſtipulatæ communionis auxilio admitti in pretia eorumdem, quæ latiùs explicata habes apud Frederic. à Sand. *ad Conſuet. Feudal. Geldriæ, tract. 2, tit. 2, cap. 3, num. 7 & ſeq.* & Goris, *tract. 1, cap. 3,* qui ibidem in fine exiſtimat feudis illis jam acquiſitis de iiſdem in caſum ſoluti matrimonii dividendis conſenſum domini impetrari ex re fore. Quæ ita tamen apud nos acceperis, ſi nominatim feudorum ſit pacta communio : alioquin quæſitorum nomine dimidium duntaxat pretii recipitur, quod in comparationem eorum feudi impenſum eſt, *art. 25, rub. 23, patriæ ordinationis.*

De bonis, conſtante matrimonio, quæſitis.

Diximus de communione inter conjuges ſtipulata. Supereſt conſuetudinaria ſeu ſtatutaria, quam ipſa matrimonii celebratio ſecum trahit. Quæſtionis ſtatum in eo conſtituunt DD. utrùm à reali Statuto procedat hæc communio, an à perſonali. In priorem ſententiam concedunt Chaſſan. *ad Conſuet. Burgund. rub. des Droits & Appart. à gens mariés, §. 2, in verb. ſelon la générale Coutume, num. 12, verſic. ſed quantum ad bona exiſtentia extra Ducatum Burgundiæ.* Præſ. Everad. *in locis legalibus à nomine dignitatis officii vel appellativo, ibi, ſexto illud facit.* Peck. *de teſtament. conjug. lib. 3, cap. 28, verſ. hinc. eleganter.* Omnium autem ſubtiliſſime juxta ac copioſiſſime Argent. *ad Conſuet. Britan. art. 218, gl. 6, num. 33.* Chopin. *ad ll. Andegav. lib. 4, tit. 2, num. 4, fol. mihi 390.* Pro altera ſententia ſtant Molin. *eleganti illo conſilio 53.* Chriſtin. *vol. 2, deciſ. 57.* Loüet, *en ſon Recueil, lit. C. num. 16, & in annotat. num. 42.* Burgundus autem, *tract. 1, num. 15,* iiſdem licet argumentis, quibus uſus erat Molinæus, tueatur & ipſe communionis Jura perſonalia eſſe, non tamen inde effici putat perti-

XIV. Conſuetudinaria bonorum communio ſpecius alienationis racitæ eſt inducta per contractum matrimonii.

nere eandem, ad quæstus ubique locorum factos, quæ consequentia Molinæi est, sed suo illa jura coarctari territorio. Verum næ Burgundus in eo fallitur. Nam quod noviter intendit personalia Jura actionem aliam vel effectum, quam personalem non producere, adeoque non officere res, id quam falsum sit, supra pluribus ostendimus. Utique quæ de prodigi, pupilli, minoris, viri & uxoris statu ac conditione latæ sunt leges, personalia Jura sunt, ac vel eo ipso palam est agere illa in bona ubicunque sita, cùm contra realium vis atque efficacia alienum in territorium non protendatur. Proinde si in personalium classem reponatur connubiale bonorum consortium, consequens erit dicere obtinere illud in bonis, aut quæstibus quibuscunque; contra realium numero si veniat, territorii metis teneri inclusum. Verumenimvero, ut expromam quod sentio, illis ipsis argumentis, quibus duo isti coryphæi assertum eunt personale esse communionis Jus, mihi contra reale esse effici videretur. Palmarium, quo pugnant, argumentum est, communionis hujus causam ac rationem totam referendam esse ad naturam traditionis, quæ eo ipso intercedere intelligitur, quo matrimonium & per consequens rerum societas contrahitur, quod & in alia quavis universali societate Jura credant tacite intervenisse mutuam traditionem, *leg. 2, ff. pro socio*, quæ societas, quamvis nominatim coïta non sit, tacite tamen contracta intelligitur, quod secundùm regionis morem, actûs hujus interpretem, societatem hanc eo ipso videantur iniisse contrahentes, quod aliter non pepigerint; ut ipsi matrimonii contractui insit hæc rerum communicatio, eo quod loci lex, in eundem influens, eam naturam, eumque effectum nuptiarum contractui indiderit: ita ut hæc consuetudinaria societas speciem dicatur obtinere alienationis voluntariæ, quâ contrahentium alter, alteri semissem bonorum tradidisse censetur aut mancipasse, quomodo hoc conjugale consortium communiter exaudiunt Pragmatici: Coren. *consil. 25, num. 25.* Wamel. *cent. 5, consil. 96, num. 1.* Burgund. *tract. 1, num. 16.* Proinde omninò consequens est ut ea societas ex actu communicationis seu mutuæ alienationis, qui matrimonii tractatui inest, dicenda sit descendere: ex qua alienatione, quoad personalem effectum, persona quidem tenetur, unà cum rebus ubicunque sitis; cæterùm tamen, ipsum mutuæ communicationis effectum si respicias, super quo hæc quæstio instituitur, illud videntur laudati Scriptores velle, matrimonium contrahentes eo loci, ubi illa bonorum communio obtinet, tacite eandem videri iniisse, adeoque perinde esse ac si diserta pactorum connubialium lege res invicem communicassent. Ut sit manifestum, non hoc ad controversiæ decisionem in quæstione ponendum esse, utrùm Statutum vel Consuetudo loci, secundum quam contrahitur matrimonium, realis sit an personalis, sed utrùm hæc tacita bo-

Communio bonorum non tam procedit à Statuto aliquo, quam rerum communicatione, quâ expressâ, quâ tacitâ.

norum communicatio, actus sit realis vel personalis: cùm Statuti nullæ sint partes aliæ, quam matrimonii contractum interpretari; quovis scilicet contractu interpretationem accipiente à loco, ubi celebratur; adeoque, aliter collocato controversiæ statu, quæstionem in eo esse, utrùm per hanc tacitam communicationem vel alienationem (quicumque enim communicat, alienat) transferantur & ejus territorii bona, ubi nec ex causa matrimonii per mutuam conventionem, citra solemnem mancipationis interventum, rerum dominia alienantur: quod, cùm hic actus haud dubie sit realis, apparet esse negandum (de personali effectu seu actione inde proveniente diximus supra) cùm jam sæpe dictum sit, & communis usus observet, rerum dominia non aliter inter vivos alterari, quàm eâ observatâ formâ, quam Jura Legesque, in quo fundi illi constituti sint, exegerint: adeo ut frustra quæsiveris super Statuto aliquo, an sit reale, an personale, sed controversiæ status sit super rerum communicatione seu alienatione, ad quas res ejusmodi actûs vel contractûs possit pertingere. Quod apud Hollandos eo faciliùs admiseris, quod inibi juxta Neostadii notata, *ad decis. 9, de pact. antenupt.* tacita hæc & subintellectâ communionis conventio ex quondam frequentatâ pactitiâ inoleverit. Viri enim cùm mercaturæ beneficio innumeras opes (mulierum plerisque & in eo partes suas obeuntibus) ut plurimum conquirerent, ac consultiùs sibi fore existimarent mulieres lucri damnive per omnia fieri participes, quam ut præter dotis restitutionem nihil ultra exspectarent, factâ etiam dotis jacturâ, si mariti facultatibus laberentur, stipulationes hujusmodi de rerum communitate adeo frequentes intercesserunt, ut etiam omissæ, ex tacita contrahentium mente, pro expressis haberentur. Quare legalis hæc rerum communio perinde pacti taciti nomen meretur nobis, atque Jurisconsultis invecta & illata in urbanas habitationes propterea pignori esse dicuntur, etiamsi id nominatim non convenerit, quia (inquit, *in leg. 4, ff. de pactis*) conventiones etiam tacite valent, quasi diceret, quoniam ejusmodi conventio, ut res pignori sint, interponi semper consuevit, lex etiam non expressam, tacito consensu, intervenire intelligens, generaliter illata pignori esse voluit, nisi specialiter contrarium esset actum. Sit igitur hæc quâ pactitiam seu expresse initam, quâ tacitam ex ipso matrimonii contractu, à Statuto vel Consuetudine loci, interpretationem accipiente, inductam res afficere quascunque, præter constitutas eo in loco, ubi solemnis rerum desideratur mancipatio. Quarum rerum respectu personale geritur negotium, ex eo quod omnia sua bona contrahentes censeantur voluisse esse communia, ut diximus supra; quare ubicunque illa communicatio vim mancipandi non habuerit, nascetur inter conjuges obligatio, quâ agant illi, vel in rei partem, vel ad id quod cujusque interest bona illa communicata non fuisse: nisi tamen bona fuerint feudalia, cujusmodi

Quod specialiùs confirmatur moribus Hollandorum.

generali bonorum communione negavimus venire, ut ita demùm, si expressim eorum stipulata sit communio, in partem pretii admitti recte conjuges intendant. Quemadmodum & constante matrimonio conquisita bona veniunt in communionem omnia, nisi ex lege loci prædiaria ejus solius sint, cui ea fuerint tradita, admittendo tum altero in pretii præsentis partem: præterquam quod apud nos feudi acquisiti nomine pro recompensa ad exæquanda Jura societatis, ne alteri absit aliquid, ex quo redderetur alter locupletior, consequetur conjux dimidiam pretii partem quod in comparationem feudi impensum est, *art. 25, Rub. 23, Patriæ ordinationis*, nisi de feudis communicandis expressim sit interposita stipulatio, cujus virtute sibi invicem obligantur conjuges, ad id quod cujusque interest pacta conventa adimpleri; acturi tum in pretii præsentis dimidium, ut & dictum supra. Atque ita apparet connubiali hoc bonorum consortio posse & mancipationem seu alienationem celebrari, & simul aliorum bonorum adspectu personalem contrahi obligationem, adeoque reale ac personale negotium juxta geri: quod mirum non videbitur ei, qui in actu, qui communioni contrarius est (contraria autem contrariorum sunt disciplinæ, ut loquuntur Philosophi) idem Juris esse animadverterit: cum nimirum dissoluta societate, inter hæredes conjugum, rerum initur divisio: alienantur enim, tum accedunt hæredibus bona ejus duntaxat loci, ubi consimiliter per actum divisionis ipso Jure fit mancipatio, citra solemnem traditionis interventum; cùm alibi constituta bona, ubi solemnis illa traditio requiritur, divisione non alienentur, sed eorum respectu personalis contrahatur obligatio, quâ se invicem compellant hæredes ad traditionem rite peragendam, vel si bona interim alienaverint, præstent id quod alterius interest non alienata fuisse, quemadmodum & in omnibus familiæ erciscundæ judiciis obtinet.

XV. Communione obtinente in loco contractûs, nec communicantur bona ejus loci ubi illa frequentatur.

De pacta eo loco communione.

Per contrarium ubi nulla bonorum viget communio, si matrimonio copulati sint contrahentes, nec communicantur bona alterius loci ubi illa communio frequentabatur. Nam tum dicendum est contrahentes eo ipso quod coïerunt in leges loci communionem respuentes, eandem nullibi contractam, sed ubique exclusam esse voluisse. Secus si nominatim pacta, dictaque sit à contrahentibus rerum communio, locum etiam tum habitura in regione quavis communionem ex solo matrimonii contractu agnoscente, vel communionem quidem illam non inducente, sed agnoscente pactitiam. Utriusque speciei definitionem habes apud Mornacium, *ad l. exigere dotem ff. de judiciis*, & Charond. *en ses Observations mémorab. in verb. Communauté*, adde Costal. *ad l. 65, ff. de judiciis.* Molin. *cons. 25.* Tandem ut finiam, quod diximus in contrahendo matrimonio id voluisse contrahentes, quod volunt loci leges, ubi contractus est celebratus, cum aliter

fuissent pacti, nisi pro se credidissent pacisci legem; hactenùs verum est; si vel uxor in domicilium viri non sit traducenda, vel maritus in uxoris domicilium sedes decreverit collocare: tùm namque locus contractûs propterea non venit attendendus, quia per destinationem in locis illis domicilii matrimonium contractum esse intelligitur: quibus faciunt tradita Burgund. *tract. 2, num. 11 & 12.* Hæc ita de rebus differuimus immobilibus: mobilia enim quod attinet, cùm solemni isti mancipationi non subjaceant, vel venire communione; vel non venire, pro lege pacti, quâ taciti, quâ expressi, nulla dubitatio est.

Creditoribus de prioritate contendentibus, cujus loci leges spectandæ.

Loquamur de ejusmodi Lege aut Statuto, quo tribuitur mulieri hypotheca pro restitutione dotis in bonis mariti, quomodo se mores habent Antuerpiæ, & in iis Galliæ regionibus quæ Jure scripto reguntur, teste Mornac. *ad Rubric. ff. de tributoria*, afficiatne ea bona sita alibi, ubi Consuetudo viget contraria? monendi hîc sumus capere hanc hypothecam exordium ab ipsis matrimonii auspiciis, licet dos, cujus ratione competit illa, soluto demùm matrimonio exigatur: de quo fuse Mercurialis Merlina in spisso illo opere, *de Pignorib. & Hypoth. lib. 3, tit. 2, quæst. 74*; & nos alibi pleniùs. Videamus igitur, utrùm legali hac hypotheca teneantur bona contrariæ legis territorio obnoxia. Christinæus in affirmativam sententiam judicata producit complura. *tit. 9, art. 4, n. 29, & ibi in Annot.* Quæ tamen an recte se habeant, affirmare non ausim. Jus quippe in re ut nascatur, quî poterit id præstare alieni territorii lex? Constat moribus apud nos pervulgatis expresse hypothecæ constitutione, quâ generi, quâ speciali, non affici res, nisi coram eo judicio, cui bona sunt obnoxia, vel alio duntaxat modo, quam lex regionis, cui bona inhærent, indixerit. Quemadmodum in Hollandia ex decreto Ordinum bona generali hypothecæ obligantur coram quocunque Hollandiæ judicio, quamvis haud plenissimo cum effectu. Vid. Groenw. ad *l. 14, C. de oblig. & act.* Consequenter nec tacita seu legalis hypotheca adstringit bona alia, quàm quibus lex poterit imperare; ea nimirum, quæ Legislatoris territorio sunt supposita, cujus solius loci legis est, tanquam Statuti realis, realem in rebus effectum producere, cum alterius Judicis auctoritas non efficiat hypothecam. Pergamus quærere ulteriùs, creditoribus de prælatione contendentibus quod Jus cujusque loci oporteat inspicere. Primum utamur vulgatâ DD. distinctione, quâ separantur ea quæ litis formam concernunt ac ordinationem, ab iis, quæ decisionem aut materiam. Lis ordinanda, secundùm morem loci, in quo ventilatur. Ut, si judicati exequendi causâ bona debitoris distrahantur, qui solvendo sit, executio peragatur eo loci, ubi bona sita sunt, aut in causam judicati capiuntur. Sin cesserit foro debitor, aut propalam desierit esse solvendo, ut isti mobilium capioni, aut ulli omninò executioni non sit ultra locus, factâ jam omnium creditorum conditione pari,

Ordinatoria litis unde legem accipiant.

Ubi super prioritate disputandum, si debitor non sit solvendo.

disputatio de privilegiis, aut concursu creditorum veniat instituenda; ubi debitor habuerit domicilium. Unde cùm apud nos relictis fortunis solum vertisset debitor obæratus, ac res ejus sitas in Hollandia venum proscriberet curator, creditores Hollandi, apud Provinciæ suæ Curiam venditioni intercedentes, causâ ibidem ventilatâ, tulerunt repulsam: audito in eo curatore, quod apud nos super universis debitoris facultatibus, adeoque & pretio ex venditione illa redigendo, ab uno eodemque Judice peragenda decidendaque sit creditorum contentio: ex communi scribentium placito, Gail. *lib. 2, observ. 130, num. 13 & seq.* Mæv. *ad Jus Lubecens. lib. 3, tit. 1, art. 10, num. 51.* Ob manifestam quoque causæ continentiam, ne super creditorum Jure à diversis Judicibus dissonæ sententiæ pronuntientur. Hæc de litis ordinatoriis. Aliud fere à præcedentibus obtinere dixeris in ejusdem decisoriis: Jus enim creditorum super prioritate in bonis debitoris demetiri oportet à loco, ubi distracta bona sita sunt, vel esse intelliguntur. Et quidem de mobilibus si quæratur, cùm semper ibi esse existimentur, ubi creditor fovet domicilium, cujus ossibus vagæ hæ res intelliguntur adhærere, utique ex lege ejusdem domicilii discutienda causa creditorum est. Judicatum habes apud Carpzov. *pract. const. part. 1, const. 28, defin. 9,* quod laudat Mæv. *ad Jus Lubecens. lib. 3, tit. 1, art. 11, num. 26.* Unde recte dixit Burgund. *tract. 2, num. 21,* quodcunque Judex domicilii de mobilibus statuerit, ubique locorum obtinere. Hæc ita nisi forsan executio directa sit in ejus debitoris mobilia, qui adhuc in possessione suorum bonorum sit, feret enim tum creditor diligentiæ ac vigilantiæ suæ prœmium, si quod eo nomine loci mores, ubi in causam judicati ceperit mobilia, præ aliis creditoribus ipsi indulserint; quod privilegium illud non tam proficiscatur ex credito, quàm ex actu ipso executionis, quâ alios creditor prævertit, adeoque hæc res tanquam concernens exequendi ordinem, legem accipiat à loco ubi illa peragitur, ac præterea pignus illud judiciale ita constituens Judex in bonis, apud se in causam judicati captis, dicitur supplere vicem debitoris; ut perinde res habeatur, ac si ipse debitor bona illa eo loci pignori tradidisset, *l. 2, C. si in causam judicati.* Hæc ita si in uno loco debitoris sit domicilium. Quid autem de eo dicendum, qui habuerit illud alio atque alio loco, singulisque locis sua posita mobilia? Regentur illa suâ cujusque domicilii lege; unde & in succedendi causa leges accipere mobilia, alibi à nobis traditum est. Vid. Burgund. *d. tract. 2, num. 22.* Quid autem si quis pluribus locis ex æquo negotietur? Recte ibidem traditum est à Burgundo ita demùm mobilia dirigi loci alterutrius Statutis, si & utrobique instruxerit domicilium. Nec movet, quod proditum sit eum qui non Jure domicilii tabernulam vel pergulam conduxit, ibique distraxit, defendere se eo loci debere, *l. 19, §. 2, in fin. ff. de judic.* Aliud namque compellere debitorem

In mobilibus, spectandum domicilium debitoris.

De eo qui plura habet domicilia.

Qui foris negotiatur.

debitorem ad certo loco litigandum : aliud tribuere privilegium in bonis ejus inter creditores. Quid! debitor in loco contractûs solutionis, si ibi reperiatur, causam jubetur dicere. Quid! moribus nostris judicium cogitur excipere, ubicunque locorum persona ejus vel bona præcluduntur arresto : dicemusne propterea à locis iis omnibus mobilia leges ac Jura accipere? tertii præsertim respectu; cùm debitor, qui forum contraxit, semetipsum duntaxat adstrinxerit; privilegia autem vergunt in præjudicium creditorum aliorum; qui & suum non minus domicilium, ubi secum contractum est, quàm aliorum spectari debere, haud dubie sint causaturi. Quare res ipsa monet in hac locorum ac jurium variatione, unum certumque debere constitui locum, ad cujus leges mobilia componantur. Quò ecquis alius convenientior, quàm domicilii ejus, cujus mobilia sunt, & ubi intelliguntur existere, adeoque cujus loci Judici potestas & privilegium in iis tribuere? quemadmodum & defuncto domino, si de successione eorum ipsorum mobilium controversia exoriatur inter hæredes ejus loci, ubi pergulam habuerit defunctus, ac inter eos qui legibus domicilii defuncti Jus suum tuentur, non aliam ob rationem posteriorum causa potior erit, quàm quod mobilia illa regantur legesque accipiant ab uno domicilii loco. De eo controvertitur. Contingit Mercatoribus diversis in locis diversas sibi tabernas aut negotiationes habere. Hinc quæsitum, an qui in uno loco credidit, in alterius loci mercibus venire valeat in tributum? Sunt qui creditores confundendos negent, sed eos separatim vocando in tributum, singulorum locorum merces suis cedere velint creditoribus, & si quid in uno loco superfit, id cæteris prodesse : eo quod merci potiùs, quàm personæ creditum intelligatur, argumento *l. 5, §. 15, ff. de tributor. action.* Vide Laudatos à Mæv. *lib. 3, tit. 1, art. 10, num. 56 & seq.* Contra pro tributione stat Cardinalis Mantica, *de Tacit. & Ambig. lib. 11, tit. 23, num. 32 & seq.* cujus opinionem vix est ut improbaveris. Æs enim alienum non unius loci, sed universarum facultatum est, *l. si fideicommissum §. tractatum ff. de judiciis*, ut creditores dicendi sint habuisse respectum ad universum patrimonium, in pluribus licet Provinciis distributum. Et certe, cùm non personæ, quæ individua est, sed rei creditum id esse Doctores contendant, cur igitur, dimissis unius loci creditoribus, ad id quod superest, admissum eunt creditores loci alterius? Adducta autem *l. 5*, de servo loquitur, ad liberos homines non producenda. Vid. Mantic. *dicto loc.* & Groenewegen. *ad d. l. 5.* Hæc ita convenienter legibus videor disputare. Cæterùm tamen intuitu mercaturæ, cujus ergo multa singularia introducta passim, non deerunt forsan, qui priori sententiæ adhæserint; in quam & Antuerpiæ scripta Lex est, *refer.* Groenew. *d. loc.* de quo loco consuluit Wames. *cent. 4, consil. 64.* Fac foris contractum celebratum, ubi per mores ejusdem loci Jus prælationis inter chiro-

De eo qui diversis locis tabernas habet.

Privilegia inter creditores dantur

à Judice ubi bona sunt, aut esse intelliguntur.

grapharios competit, locus videri posset attendendus esse contractæ obligationis: eo quod obligationes dirigi soleant à loco ubi contrahuntur. Et hisce simile quiddam ex Deciano profert Mascard. *de Statut. concl. 7, num. 80.* Verùm non esse respiciendum locum contractûs vero proprius est: utpote qui eo duntaxat pertineat, quo vel arctiùs, vel remissiùs ex contractu suo teneatur ipse debitor, adeoque spectetur quoad ipsos contrahentes, qud eo ipso quod alio in loco contractum celebrent, ad ejusdem leges, formam, vinculum, modum, conditionem, totam denique negotii naturam, sui respectu, componunt. Cæterùm si qui non ab actu hominis, sed à potestate legis proficiscitur, cujusmodi sunt prælationis privilegia omnia, dicendum est vim Legislatoris nullam esse in bona sibi non subjecta tertii respectu, seu creditorum aliorum, qui inibi nullum gesserint negotium, nec legibus loci istius se submiserint. Ad hæc constat privilegiis istis non agi in debitoris personam, utpote quæ in res directa, locum habeant inter creditores. Ecquid autem Juris est alieno Judici circa res sibi non suppositas, dispendio tertii qui apud se non contraxit? Nec est quod retorserit creditor suum non minus spectari oportere, atque debitoris domicilium. Constat quippe qui cum alio contrahit, non esse vel debere esse conditionis ejus ignarum. Ut nihil imputetur ei, qui in mobilibus à loco domicilii debitoris sua mensus est privilegia, ad quem locum palam est mobilia pertinere: cùm culpâ non vacent alii, qui privilegium sibi assumpserint à potestate Legislatoris alieni, cui de mobilibus disponendi nullum Jus est. Nec aliud de eo debitore dicendum est, qui in loco illo privilegii domicilium foverit tempore celebrati contractûs: quamvis enim videri possit Jus illud prælationis, creditori per leges loci domicilii in rebus mobilibus legitime quæsitum, subsecutâ domicilii mutatione non debere amitti; mobilia tamen, in quibus prioris domicilii lege tenuit prælationis privilegium, traductis aliò domesticis laribus, traducuntur quoque in leges novi domicilii, eâque lege administrantur: mutatione enim domicilii mutatur & mobilium conditio eorum quæ in manum aliis tradita non sunt, etiam dispendio tertii: quo argumento, alia quanquam in specie, usus est Senatus Parisiensis, apud Chopin. *ad leges Paris. lib. 2, tit. 1, num. 5,* & huc spectat quod Burgundus, *d. num. 21,* tradit, mobilia sequi personam, hoc est (inquit) in domicilio ejus existere, & non aliter quàm cum domicilio transferri. Tandem ut ad immobilia transeam. Fac Jus tacitæ, seu legalis hypothecæ non obtinere idem in loco rei sitæ, quod obtinet in loco domicilii debitoris, dicendum frustra esse creditorem, qui hujusmodi hypothecæ obtentu prioritatem sibi asseruerit: cum æque atque expressim facto hominis, coram uno judicio, hypothecæ nexu devinciri nequeunt alterius territorii bona, ita nec legis ullius potestas est afficere prædia extera: quod Sta-

Si mutaverit debitor aliò domicilium ubi privilegio locus non est.

Quod Jus spectandum quoad immobilia.

tuta realia territorium non egrediantur, ut ſupra tractatum eſt. Ita ſi Hollandus, cui generaliter bona debitoris coram quocunque Hollandiæ judicio, hypothecæ data ſunt, apud nos cum reliquis creditoribus experiatur de prælatione, profutura erit ei hypotheca in bonis, in quacunque Hollandiæ parte, extra diſtrictum Amſtelodamenſem, ſitis; non autem in bonis ſuppoſitis territorio noſtratium, quibus nulla ſubſiſtit hypothecæ datio, niſi pacta coram judice rei ſitæ. Contra cùm apud Hollandos hypotheca generalis extinguatur alienatione, non juvabitur creditor moribus noſtris, quibus res ita obligata ad emptores tranſit cum ſuo onere. Conſimiliter ſi teneat alibi Conſuetudo, ut in bonis debitoris concurrant creditores, nullâ habitâ ratione hypothecarum: quale Statutum profert Florentinum Stracha, *de Decoctor. part. 4, num. 8, & 23.* Lucanum, *Altograd. conſil. 95, num. 4.* Ex lege loci rei ſitæ dirimenda creditorum contentio.

XVII. Cujus loci leges ſpectandæ in feudis.

Hactenùs de bonis quæſivimus allodialibus. Unum videamus de feudis. Vulgatiſſima quæſtio eſt. Utrius loci leges inſpici conveniat, loci ne ſervientis, an Curiæ dominantis. Non quæro de legibus politiam, ſeu civilem adminiſtrationem reſpicientibus. Illud quæro, in ſuccedendi, retractûs, aliove Jure, cujus loci ratio ſit habenda. In eam ſententiam communiter itum eſt, à loco ſerviente leges ac modum feuda accipere. Doctores in unum contulit Wameſ. *cent. 5, conſ. 15, num. 3 & 4.* Verùm à receptiſſima opinione divortium fecêre duo præclara Juriſconſultorum ingenia, Burgund. *ad leges Flandriæ, tract. 7,* & Frederic. à Sand. *ad Conſuetud. feudales Geldriæ, tract. 3, cap. 5, num. 11 & ſeq.* qui Jura reſpici volunt Curiæ dominantis. Operæ pretium eſt videre num divortii faciendi cauſam ſatis gravem habuerint. Suam uterque ſententiam eo fulciunt argumento, quod leges feudales oporteat metiri à providentia patroni, ut quaſcunque ille leges in feudi conceſſione dixerit, eæ à vaſallis ſint cuſtodiendæ, ſine loci alterius conſideratione, adeoque quoties inſtrumenta inveſtituræ, ejus quod quæritur, non meminerint, recurri oportere ad Jura loci dominantis; quod cogitationem videatur direxiſſe dominus ad ſuæ Curiæ Statuta, ubi & præſtationem, ſeu inveſtituram voluit intervenire, ut id ipſum tacite inter partes habeatur actum. Verùm rationes illorum tanti mihi non ſunt, ut à communi ſcribentium opinione receſſerim. Illud quidem annuerim à conceſſione ſeu providentia patroni feudi leges dependere, ut quam patronus ſuccedendi legem in feudi conſtitutione dixerit, ea pro lege ſit ſervanda, adeoque non ſint audiendi Juriſconſulti illi, quorum reſponſum extat.... *conſil. 95, num. 2,* putantes in poteſtate domini non eſſe feudum ſui territorii legibus, in ſuccedendi cauſa ſubducere, & ad Jura componere loci alterius. Quid enim notius quàm feuda ad poſteros deferri ex lege inveſtituræ, cui ſuccedendi modus fere inſeritur: unde illa vulgata; feudum ex

pacto & providentia majorum, feudum pro se & descendentibus, pro masculis, neglectis fœminis, & si qua ejus farinæ plura sunt, ad vivum fere à Doctoribus resecata. Ante omnia namque sequimur quod inter contrahentes sit actum, tenore investituræ naturam feudi formante, ut loquitur Wamesf. *cent. 5, conf. 2, num. 3*, deque eo fere constat inter omnes. Burgundus, *d. tract.* Grotius; *in manuduct. lib. 2, part. 41. num. 8*, & ibi Groenew. Frederic. à Sand. *ad Consuet. feudales Geldriæ d. loco ubi quæstionem agitatam definit.* Et certe quid mirum rei suæ traditioni legem à domino adjici quam voluerit, cùm & pactis dotalibus ordo succedendi introducatur alius ab eo, quem fert locus rei sitæ; & cujusvis hominis testamentaria provisio, vel in plures gradus porrecta, tollat provisionem legis. Verùm deficiente jam in aliquo dominicæ providentiæ lege, non putaverim dominum ad locum respexisse Curiæ dominantis, sed eam potiùs duxerim conjecturam, quod non expressit dominus, id eum suis liquisse legibus, adeoque si ad modum succedendi sollicitudinem suam non protulerit, nihil in eo pristini Juris voluisse immutatum, ac consequenter cum tempore abdicati à domino fundi regeretur prædium sui territorii lege, utique quod mutatum non est, cur stare prohiberetur? Quemadmodum enim lege novâ latâ, cætera de quibus cautum nihil est, manent in suo statu, ita non minùs feuda, si de nova aliqua lege, vel conditione non appareat, dicenda sunt relicta esse veteris sui Juris dispositioni, nullo prorsus mutato, de quo per tenorem investitutæ aliter non sit provisum: cujusmodi argumentandi ratio à lege ad pactum Juris, interpretibus probatissima est. Itaque quâ ratione singulare in retractu consanguineorum esse autumat Fredericus à Sande, ut à loco serviente legem accipiant fundi clientelares; propterea quod de retractu inter dominum & vasallum nihil adeo actum esse videatur, aut cogitatum, ego illud de unoquoque eo, quod vel expresse, vel tacite investituræ non insit, asseruerim, adeoque concluserim de non cogitatis à domino, sequi oportere Jura, quæ priùs obtinuissent. Obiter tamen eo nomine notandus hic Fredericus à Sande, quod in ditione nostrate in rebus mancipi juxtà ac feudalibus, Jus retractûs proximis cognatis assertum iverit, cùm tamen gentilitius ille contractus non frequentetur apud Ultrajectinos: vel sicubi forsan eo Jure gaudeant consanguinei, de quo mihi nihil hactenùs innotuit, non esset tamen rationis, unius portiunculæ ergo, Jus illud Provinciæ adscribere in universum. Paulò itaque inconsideratiùs hoc excidisse viro docto visus sum debuisse notare, ne tradita ejus de more nostrate, transmittendo silentio, videar approbasse. Quid igitur respondendum de quæstionibus feudalibus ventilandis in Curia dominante, adeoque de modo procedendi, quem constat exigi secundùm Consuetudinem illius curiæ? Verùm illud ipsum inter partes actum esse, vel ex

eo apparet, quod Curiam sibi dominus constituerit; cujus Curiæ erectio quorsum spectat aliter, quàm ut in illa de feudalibus quæstionibus litigaretur, & judiciales feudi traditiones perage-rentur. Porrò vulgatum est contextum litis ordinari more loci, ubi illa decurrit. Tandem quod ad feudalia onera attinet, non alia fere hodiè apud nos frequentantur, quàm quæ consistunt in certa quantitate domino persolvenda, singularum investiturarum nomine: officiorum enim militarium jam pridem vasallis facta gratia est. Unde & Sandeo feuda Trajectensia franca audiunt, *ad Consuetud. Geldriæ, tract. 2, tit. 1, cap. 2, num. 19.* De Hollandicis, vide Grotium in sua manuductione. Fidelitatis tamen jusjurandum apud nos Hollandosque præstat vasallus. Non longe digrediar à via, si hisce attexam terminatam nuperrime à Curia nostra causam ejus, qui cum pagi sui Jurisdictione, clientelæ Jure, Ordinibus nostratibus obnoxiâ, prave esset abusus in vexationem eorum qui pagum incolerent, propositisque edictis falsis juxtà ac insulsissimis in eadem grassaretur, per curiæ sententiam Jurisdictione illâ, quandiu vixisset, fuit depositus. Quem vulgatum privandæ Jurisdictionis, ob abusum, modum, è medio Jure civili promptum putat Chopin. *ad leges Andeg. lib. 2, titul. 2, num. 3.* Placuit Curiæ mulctari dominum exercitio Jurisdictionis, non ipsâ Jurisdictione, ut culpa suos teneret auctores, non ad liberos pertingeret insontes. Cùm enim feuda hodie, mutatâ multum pristinâ formâ, redacta fere sint ad instar allodialium, ut perinde ac res mancipi sint in commercio, magnoque sæpenumerò comparata pretio potissimam partem facultatum constituant; aliter atque illa beneficia, quæ à mera Principis profecta liberalitate, invito eo non conferuntur in alium, confiscationis cujusdam speciem obtineret, si ea domino committerentur in perpetuum, adeoque æquissimum existimatum est mediam eligere viam, ut ad vitæ tempus exercitio Jurisdictionis privaretur ille qui subditos vexasset, Jurisdictione verò ipsâ, tanquam re, quæ sit in patrimonio vel commercio, non item. Quorsum spectat perpulchra illa Imperatoris ad Judices admonitio, *Novel. 17, de Mandat. princip.* Oportet (inquit) Judices in hoc omnem ponere providentiam, cùm aliquis dignus apparuerit pœnâ, illum quidem punire, res autem ejus non contingere, sed sinere eas generi aut legi, & secundùm illum ordinem: non enim res sunt quæ delinquunt, sed qui res possident. Maxime Senatum moverunt complura Gallorum judicata, quibus itidem duriùs visum fuit commissæ Jurisdictionis clientelaris pœnam, ultra vitam vasalli delinquentis producere. Exstant apud Chopin. *ad Consuet. Andeg. lib. 2, tit. 4, num. 4.* Tholosan. *in Syntagm. lib. 6, cap. 20, num. 19.* Charond. *lib. 2, resp. 16.* Papon. *lib. 8, tit. 3, Arrest. penult.* & *lib. 13, tit. 1, art. 13.* Sed è diverticulo in viam. Si de pecuniariis ejusmodi oneribus quæratur, ea præstanda venit summa quæ dari consuevit: optima enim

cujusque actûs interpres subsecuta observantia est: quamvis hodie tenor investituræ summam fere soleat exprimere; vel si forsan ex professione de modo, vel quantitate non constet, putaverim eam à cæteris ejusdem Curiæ feudis dimetiendam esse, & si ibidem inter vasallos onera inæqualia sint, rem redegerim ad leviora: in dubio enim fere sequimur id quod minimum est, sed hoc posterius rarissimæ est incursionis: quare diutiùs ei non immoror, ea traditurus quæ frequenter accidunt, & in quotidianis rerum obtinent argumentis.

TITULI SECUNDI PARS ALTERA.

De Jure quod oritur ex Statutorum diversitate mutato domicilio.

CAPUT PRIMUM.

De diversitate Juris circa Statuta personalia.

SUMMARIUM.

I. *Si conjuges eo ex loco, ubi uxor in potestate viri est, demigraverint aliò, ubi non est, & è converso.*
II. *An maritus Jus habeat mutandi domicilii in dispendium uxoris?*
III. *Si maritus uxorem abducat in Hollandiam, liberalitatis eblandiendæ ergo.*
IV. *Ultrajectinus vigesimo anno major si traduxerit domicilium in Hollandiam, ubi vigesimo quinto terminatur minor ætas, rursùsne evadet minor, aut curatorem habebit iterùm?*
V. *Per contrarium, si Ultrajectum concedat Hollandus vigesimum jam annum egressus, an efficietur major?*
VI. *Quatenùs tutor Jus habeat transferendi domicilii.*

DIVISUS à me præsens Tractatus est in classes tres, primaque excussi ea Jura, quæ Statutorum excitaverit diversitas, immoto manente personarum domicilio. Non rarò autem contingit illud mutari, ut conjuges demigrent aliò. Unde cùm suæ propriæque exsurgant controversiæ, non male quoque iis suam, secundamque hîc classem assignavero, quâ id Juris complectar, quod, non nisi per domicilii translationem, eadem illa Statutorum causatur discrepantia. Exsequar autem hæc paulò strictiùs, quod in una alteraque quæstione si manifesta fiat deci-

dendi ratio, proclive futurum ſit per ſimilia procedendo, ad eandem normam cætera exigere. Ibo per ordinem eundem, quò priori in claſſe inceſſi, ut ſumpto primum à perſonalibus ſtatutis exemplo, dilabar deinde ad realia. Fac igitur virum, qui per loci leges, ubi degit, uxorem habeat in poteſtate, collocare domicilium aliò ubi in poteſtate virorum uxores non ſunt; vel vice versâ. Dicendumne erit induere uxorem poteſtatem, quâ priùs liberata, & exuere, cui alligata erat? In affirmativam ſententiam deduci videmur per tradita Burgund. *d. tract. 2, num. 7.* Et recte: perſonæ enim ſtatus & conditio cùm tota regatur à legibus loci, cui illa ſeſe per domicilium ſubdiderit, utique mutato domicilio, mutari & neceſſe eſt perſonæ conditionem. Cùm ex iis quæ jam diſputo, appareat ſedis mutationem poſſe aliquando mulieri eſſe fraudi, inciderit forſan alicui quærere, aliò cogitantem maritum, num diſtricte uxor teneatur ſequi. Verum obiter ille hoc ſibi ferat reſponſum. Palam eſt DD. uno ore omnes ſtare à partibus ſuis, hoc eſt maritorum, eorum accipe, qui non ſint vagabundi: quanquam non deſint, qui & in eo ſecundùm maritos reſpondeant. Vid. *allegat. à Groenewegen ad titul. C. de bonis damnat.* Et reſponſum memini viro rus habitatum abducere uxorem paranti, quod illa videretur ſibi virorum conſortia frequentiùs paulò, aut familiariùs appetere, quam neceſſe eſſet probæ, ac ea ſe urbe ceſſuram pernegaret, Jure optimo refractariam cogi poſſe, ut virum comitetur. Verumtamen in noſtra ſpecie ſi ob id ipſum migrationi intercedat uxor, ne ea res ſibi ſit fraudi. Ut ſi Ultrajectinus uxorem, cùm per legem domicilii perſonæ conjugum donationis inter ſeſe incapaces eſſent, traducere conetur in Hollandiam, ut donationes vel eblandiatur ei, vel extorqueat; vereor ut non uxor foret audienda. In tantum autem uxorem virum ſequi teneri cenſuerunt apud nos Curiæ Senatores, ut cum uxor binuba, viro rus concedente, remanſiſſet in urbe, multos exinde annos ſeorſim à viro ſuâ vivens quadrâ, unà cum liberis è priore matrimonio procreatis; ac contendiſſet propterea, non teneri ſe quaterna præſtare millia florenorum, quæ pactis antenuptialibus pro ſe ac liberis ſuis promiſiſſet collaturam in matrimonium, æquum putans ex eo quod onus alendi ſe liberoſque non ſuſtinuiſſet maritus, lucrari eum non debere quod expreſſim ob cauſam illius oneris eſſet promiſſum; illa quidem fuerit pro liberis audita, pro ſemetipſa verò tulerit repulſam, quod per eandem ſtetiſſet, quominus aleretur à viro, adeoque de ſe queri, non de viro debuiſſe: cùm incommodos mariti mores, quos cauſabatur illa, non probaſſet ſufficienter; ac præterea toto poſt quadriennio, quam ſe male habitam à viro quereretur, cùm eo egiſſet unà, adeoque videri cum eodem, ſi qua ſimultas intercesſiſſet, rediiſſe in gratiam; ſerò enim accuſabat mores, quos connivendo probaverat. Poſtmodum eâdem illâ criminatione rurſus uſa mulier, cùm ad thori ac menſæ egiſſet ſeparationem, Curia intuens gliſcere

Si conjuges eo ex loco ubi uxor in poreſtate viri eſt, demigraverint aliò ubi non eſt, & è converſo.

IV. Si maritus uxorem abducat in Hollandiam liberalitatis eblandiendæ ergo.

Mulier ſeorſim habitans à viro, tenetur tamen ad id, quod pro ſui exhibitione promiſerat ſe collaturam in matrimonium.

glifcere in dies partium odia, inimicitiafque tantum non capitales, lite de maxima bonorum parte inter eas intercedente, quando feparandos conjuges, nec cautioni locum effe communiter placuit, Farinac. *de Delict. carnis quæft. 143, tit. 16, num. 144.* Covarruv. *de matrimon. part. 2, cap. 7, §. 5, num. 2, in fin.* Sanchez, *de matrimon. lib. 10, tit. de Divort. difp. 18, num. 33,* elapfo quoque tum toto triennio à die fupracitatæ fententiæ, ut jam concordiæ fpes omninò decollaffet, diætam conjugum feparavit, mulierem à tempore litis conteftatæ liberam declarans à præftatione illius fummæ, quam pro fui exhibitione contulerat in matrimonium. Sententiam pofteriorem tulit Curia hoc ipfo anno 1652, in ejus initio.

Lite fuper maxima bonorum parte conjuges inter pendente, feparationi locus eft.

Perfonalium Statutorum exemplum habuimus à ftatu petitum conjugali; habeamus & defumptum à conditione minorennium: fuper qua non illepida erit, quæ moveatur quæftio. Vigefimo anno terminatur apud nos major ætas, in Hollandia vigefimo demùm quinto. Fac Ultrajectinum jam viginti annos habentem demigrare in Hollandiam, fupponeturne rursùs tutelæ, quâ femel apud nos erat folutus, adeoque alterius denuò conftituetur Juris, qui fui jam evaferat? fpeciem abfurditatis præ fe ferre res videtur. Dicendum tamen eft, cùm perfonæ conditionem à caufa domicilii conftet regi totam, de fe queri, fibique id imputare debere eum, qui alterius territorii legibus ftatum fuum ac conditionem fubmiferit: nec minùs abfurdum fore inter cæteros omnes loci incolas, qui tutelæ agunt fuppofiti, unum illum fui Juris ambulare, & exlegem folum vivere. Mecum vifus eft fentire Burgundus loco modo laudato; ubi cùm tradit infpiciendam effe domicilii legem, ut fciamus quâ ætate contrahat minor, mox hæc fubjicit. Confequenter dicemus fi mutarit domicilium perfona, novi domicilii conditionem induere. Nec officit quod femel extincta non dicantur reviviscere; illud namque tum obtinet, cùm quis mutati ftatûs caufam ipfemet non præbuerit; hic enim qui fuo facto domicilium mutat, frustra deprecatur curam, quâ tenetur quivis, novo domicilio fuppofitus. Horum omnium & hic erit effectus, ut quodcunque negotii ibi fine curatore gefferit, tanquam profectum à minore, habeatur irritum.

V. Ultrajectinus vigefimo anno major fi traduxerit domicilium in Hollandiam, ubi vigefimo quinto terminatur minor ætas, rurfufne valet minor?

Quæramus & illud quod frequentioris eft incurfionis: Hollandus major viginti, minor viginti quinque annis transfert domicilium Ultrajectum, ubi vigefimo anno tutela vel cura finitur. Quid dicemus perventurum illum fuam in tutelam? Refpondi ex facto confultus minori hodie conftituendi domicilii, facultatem non effe, tutori effe; qui ut contrahere; ita & domicilium poteft conftituere, quod collocetur illud per contractum, de quo mox latiùs. Proinde in propofita mihi fpecie, cùm mater, quæ tutrix effet, mutato à morte viri domicilio, Ultrajectum conceffiffet, ibique infans adoleviffet: dixi ex Ultrajectinis legibus æftimandos perfectæ ætatis annos; dummodo fraus abfit, aut

VI. Per contrarium fi Ultrajectum concedat Hollandus vigefimum jam annum egreffus, an efficietur major.

Quatenus tutor Jus habeat transferendi domicilii.

præjudicium tertii, extra quod vix eſt ut non dixeris tutori, maximè matri, locum ad habitandum, pupillumque educandum, eligendi Jus eſſe, illudque ipſum dubii veriti Batavi Juriſconſulti tutori agnato auctores fuerunt, ut ſtipularetur à matre illa, cùm cogitaret ex Hollandia concedere Trajectum, ne ea res infantis adſpectu ullo modo domicilii mutationem induceret; quanquam fateor, ſi quid hoc ad rem pertinet, poſitâ hâc ſententiâ, in poteſtate tutoris fore, tutelâ ſemet ociùs exuere, niſi tum potiùs ſuper fraude quærendum foret.

CAPUT II.

De Juris diversitate circa Statuta mere realia, mutato domicilio.

SUMMARIUM.

I. *Mutato domicilio, mutari unà Jus nobis succedendi ab intestato.*
II. *Patre filium, mortuâ matre, secum habitatum deducente ex Hollandia Ultrajectum, an succedatur filio ex ditionis hujus, an illius legibus.*
III. *Quid si animo intervertendi alios hæreditate, instituatur illa sedis mutatio.*

NUNC realium Statutorum exempla mutato domicilio, quemadmodum tractari conveniat, deinceps videndum est. Et primò de iis agamus, quæ mere realia sunt, ut nullus personæ actus veniat in partem: cujusmodi diximus ea Jura esse, quæ de succedendi modo ac ordine lata sunt. Jus rebus succedendi immobilibus, semper à loco rei sitæ metiendum, huc non pertinet; succedendi mobilibus pertinet; quod ea certo loco non circumscripta, comitentur personam, à domicilio ejus accipientia leges. Itaque, ut exemplo utar, si Hollandiæ incola Ultrajectum concedat habitatum, mutato domicilio, mutat & hæredes sibi ab intestato successuros; ut si eam Hollandiæ partem incoluerit, per cujus leges exclusis parentibus ad hæreditatem vocantur fratres ac sorores; aut nepotes ex fratre Jure repræsentationis concurrunt cùm alterius fratris filiis, ex novi illius domicilii legibus transmittet hæreditatem ad parentes; aut hæredes habebit fratrum filios, non admissis iis, qui gradûs sunt remotioris. Non alienum hîc erit quæstionem excutere, quæ tractata nuper apud nos in Curia est. Defunctâ uxore, susceptâque ex eadem prole, dimigrat Ultrajectum conjux superstes, ubi puer aliquot annos apud patrem educatus, concessit in fato. Ex Hollandorum moribus hæreditatem sibi vindicabant maternæ lineæ hæredes. Nostratium legibus innixus contra nitebatur pater. Cardo quæstionis in eo verti videbatur, utro in loco dicendus sit puer habuisse domicilium, ubi mater defuncta est, an ubi vivere proles desiisset? Primò illud satis videbatur expeditum, cùm incundi contractûs facultatem non habuerit filiolus, nec potuisse eundem contrahere domicilium. Unde minori domicilii constituendi facultatem non esse eleganter adstruxit Mornac. *ad tit. C. ubi de hæreditate aga-*

I. Mutato domicilio mutari unà Jus nobis succedendi ab intestato.

II. Si Pater filium mortuâ matre secum ex Hollandia habitatum deduxerit Ultrajectum, an succedatur ei ex legibus ditionis hujus, an illius.

tur. Verùm cùm tutor pupilli nomine contrahat, illene domicilium pupillo constituere possit, videamus? Et magis est eum posse: cùm nullibi tutoribus interdicta sit hæc contrahendi species. Quare recte à Burgundo laudatur Bartolus, ibi pupillum sentiens habere domicilium, ubi cum tutoribus, sive aliter habitaverit. *Tract. 2, circa finem.* Quod tamen ita recte temperaverim, si fraudis, aut doli nulla concurrat suspicio. Quid enim si domicilium tutor eo mutaverit animo, quo successuros alioqui pupillo hæredes interverteret hæreditate, aut in semetipsum intereuntis, aut valetudinarii minoris bona derivaret, cujus rei veritas per conjecturas & suspiciones quæritur: quemadmodum & in omni fraudis materia ex communi scribentium placito fieri admittitur. Doctores recenset Wames. *centur. 5*, ut & Mantica, *de Conject. ultimar. lib. 10, tit. 4, num. 9.* Utique spectandus veniet locus, ubi parentes defecerint; non tutoris, ubi minor sit defunctus. Et de hujusmodi minore est, quod agere videtur Mornacius loco supra laudato. Proinde cùm in proposito, impleto conductionis tempore, fundo, quo ex locato in Hollandia fruebatur patet, jussus esset decedere, ac ei suus apud nos esset fundus, quem coleret, nec aliter constaret, quin puer vivus semper valensque complurium annorum ætatem exegisset in ditione nostrate, non videbatur fraus à patre nexa esse maternæ lineæ hæredibus, ac consequenter censebatur pupillus domicilium habuisse apud nos, ubi cum patre, eodemquem tutore, non contradicentibus tutoribus aliis, moriens habitasset.

III. Quid si animo intervertendi alios hæreditate instituatur illa sedis mutatio?

CAPUT III.

De Juris diversitate circa actus, & quidem ratione solemnitatis.

SUMMARIUM.

I. *Domicilii mutatio, Juris diversitatem in solemnitate actûs semel celebrati non inducit.*

II. *Quid si priore in domicilio Jure singulari, non communi facta sit testatio?*

HÆC de Statutis mere realibus, quibus nullus intervenit actus hominis. Progrediamur ad ea, quibus intercurrit. Duum generum illa esse diximus, eorum quæ formam, aut solemnitatem dispositionis concernunt, & quæ materiam. De Statutis prioribus non est quod agamus fuse; rem enim, per se satis planam, paucissimis hoc capite perstringemus, sequenti, quod actûs materiam respiciat, immoraturi diutiùs. Et quidem loci hujus definitio dependet ab iis quæ supra hoc titulo Parte primâ, Capite tertio fuse à me disputata sunt, in actûs nimirum cujusque solemnitate spectari locum, ubi is conficitur; ut maxime in loco domicilii, vel rei sitæ solemnitas desideraretur alia; quæ si hîc repetiero, plane actum viderer agere. Quid igitur, num domicilii mutatio hîc ullam induxerit mutationem Juris? Nullam omninò. Cùm enim foris celebrare liceat actum, secundùm loci illius exteri morem, non desiturum valere, etiam cùm domum fueris reversus, ut & adstruximus supra. Utique & perdurabit ille actus quem in loco confeceris domicilii, eo licet post mutato; quorsum non male traxeris argumentationem Peck. *de testament. lib. 4, cap. 25.* Unde illud dicendum est, Hollandi testamentum, domi conditum, & postea transmigrantis & morientis Ultrajecti, subsistere non desinere, etiamsi licentiæ literæ, apud nos frequentatæ, obtentæ non fuerint: eo quod ad solemnitatem pertineat earumdem impetratio; ut diximus alibi. Atque hæc ita haud dubie in testamentis obtinent non privilegiatis. Aliudne dicendum in iis quæ privilegiata sunt? non videtur: fac enim à rustico ruri conditum testamentum, coram testibus quinque, juxta *l. ult. C. de testamentis*, & eundem postea transmigrare in urbem, ubi Jure communi fit testatio, utique non corruet, sed firma permanebit dispositio; quod novum non sit,

I. Domicilii mutatio, Juris diversitatem in solemnitate actûs ante celebrati, non inducit.

II. Quid si priori in domicilio Jure singulari, non communi facta sit testatio?

ut ea, quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent, licet ille caſus exſtiterit, à quo initium capere non potuerunt, *l. 85*, §. *1*, *reg. jur.* Quæ de teſtamento militis, vel ejus qui in hoſtili loco, militari Jure, teſtamentum condiderit, Jure noſtro ſunt prodita, huc non pertinent. An enim per domicilii mutationem infirmetur teſtamentum, ibi non quæritur: illud quæritur an corruat actus, præterito jam periculo, vel poſt miſſionem.

CAPUT IV.

De diversitate Juris, mutato domicilio, circa actûs substantiam.

SUMMARIUM.

I. *Hollandi sibi invicem relinquunt hæredes, postmodum demigrant Ultrajectum, ibique moriuntur, irritatur liberalitas contra Peckium.*
II. *Si minor Scripto curatore hærede postmodum major diem obierit, an convalescat institutio.*
III. *An contracta semel communio extinguatur per novi domicilii leges communionem non agnoscentes.*
IV. *Quid si in novo domicilio communionem expressim resolverint contrahentes?*
V. *Super dotalitii lucro, cujus loci mos attendendus.*
IV. *In lucro suppellectilis quod præcipit apud nos conjux superstes, an spectandus locus celebrati matrimonii, an novi domicilii?*

I. Hollandi sibi invicem bona relinquunt testamento, postmodum demigrant Ultrajectum, irritatur liberalitas.

DE solemnitate dispositionis diximus, plura dicenda sunt de ejusdem substantia, & quidem primum exemplum esto. Bonorum liberalitate se invicem prosecuti sunt conjuges Hollandi: verso solo concedunt Ultrajectum, ibique alter excessit è vita. Dicemusne consistere testamentum, nequicquam repugnante Trajectinâ lege, talis munificentiæ prohibitoria? (de mobilibus loquor, res enim soli trahunt leges à loco quo continentur, ubicunque terrarum collocetur domicilium.) Tria tempora spectari Jura volunt, ut relicti capax sit hæres, conditi tempus testamenti, mortis testatoris, & adeundæ hæreditatis: illo autem mortis testatoris tempore (quod maxime omnium attendendum videtur) cùm superstes, subjectum incapax fuerit rei relictæ, negaverim liberalitatem esse validam. Cæterùm rursùs in Hollandiam conjuges sedes transtulerint, ibique alter diem obierit, tempus omne intermedium, quo Trajecti morati sunt, non dexiris dispositioni nociturum, *l. si alienum ff. de hæredib. inst. §. in extraneis, inst. de hæred. qual.* In hanc sententiam in casu non absimili judicatum prodidit Carpzovius, *in definit. forens. p. 2. const. 14, def. 3.* Idemque respondendum est, si legatum conjugi datum fuerit; nam & tum mortis testatoris tempus inspici oporteret, ut legati consequendi capax sit conjux, & hæc luculenter sustentant

diputata Barry, *de succeſſ. lib. 1, tit. 8, num. 4.* Peck. *de teſtam. conjug. lib. 4, cap. 31.* Quare ſubit mirari ſuorum poſtmodum oblitum ſcripſiſſe eundem Peckium, *lib. 4, cap. 37*, quem ſequitur Wameſ. *Cent. civil. 6, conſ. 6*, domicilio Mechliniam conſtituto, ubi conjux conjugi ſine liberorum conſenſu dans, legans, nihil agit, non infringi relicta Middelburgi, quæ civitas Jure communi utitur. Aperto enim Jure contra definita hæc quæſtio eſt, Jus hæredis & legatarii, ſeu capacitatem, vel incapacitatem utriuſque inſpicienda eſſe tempore mortis teſtatoris. Probant *& l. non intelligitur* §. *quando autem ff. de Jure fiſci l. in mortis, ff. de donat. causâ mortis*, aliaque præterea multa congeſta à Peck. *d. cap. 31.* In tantum, ut cùm & in inſtitutis à milite non requiratur ut capaces ſint tempore conditi teſtamenti, requiratur tamen ut mortis tempore tales reperiantur ut à milite inſtitui potuerint, *l. 12, neque enim* §. *& deportati ff. de teſtam. militar.* Palmarium, quod tranſverſum egit Peckium, argumentum eſt, Statutum, de quo quæritur, (en Peckii verba) reſpicere teſtandi formam magis, quàm præciſam perſonæ inhabilitatem; ut majori ſcilicet ſolemnitate fieret teſtamentum, non ut omninò teſtamenti factionem inter ſe non habeant conjuges. *Vid. eundem Peck. cap. 37, in fine*, adeoque non magis irritari collatam in conjugem liberalitatem, quàm ſalva permanent teſtamenta condita ſecundùm ſolemnitatem requiſitam tum temporis, cùm ea conficerentur. Quæſo quod ſine liberorum conſenſu omninò non poteſt fieri, quî poteſt hoc dici ideo prohiberi, ut majore fiat ſolemnitate? Quod alter ex alterius teſtamento capere vetantur, quid aliud eſt dicere, quàm eos inter ſe teſtamenti factionem paſſivam non habere, vel perſonas conjugum incapaces eſſe inter ſe donationis? ut recte hoc effert Burgund. *tract. 1, numer. 41.* Porrò ſi ad ſolemnitatem ſpectet hæc prohibitio, licitum erit conjugibus, extra locum domicilii, hanc erga ſe invicem exercere, cùm vulgatum ſit loci cujuſque ſolemnitates ſufficere, uti teſtamenta conduntur, contra quod paulo ante ſcripſit ipſe Peckius, *d. lib. 4, cap. 29.* Proinde quod generaliter expreſſum eſt regulâ Juris 85, §. 1, non eſſe novum, ut quæ utiliter ſint conſtituta, durent, licet is caſus exſtiterit, à quo incipere non poſſunt, ad noſtrum locum, non niſi cum hac diſtinctione aptaveris, intereſſe perſonam inter teſtatoris, & hæredis aut legatarii, vel, ut cum Doctoribus loquar, capacitatem activam inter, & paſſivam, capacitatem nimirum capiendi ex teſtamento, & capacitatem faciendi teſtamentum; quomodo Peckii argumenta neceſſe eſt corruere omnia. Perſonæ teſtatoris ſatis eſt, ut eo quo teſtatur, tempore habeat teſtamenti factionem; de ſtatu mentis aut corporis loquor, de ſtatu perſonæ aut capitis diminutione non loquor. Ita furioſi, prodigi, cæci, ſurdi, muti teſtamenta, antea legitime facta, ex eo non infirmantur, quod poſtea caſus ille venerit, quo teſtari prohibentur, nec magis vitiatur

tiatur testamentum cujuscunque, ex alia noviter inducta solemnitate; simul atque enim ordinaverit testamentum, partibus suis functus est testator; nec exinde factum illius desideratur ullum aliud; cùm hæredes, atque legatarii eo ipso primum incipiant agere, quo testator decesserit, capiendique tempus advenerit, partibus illorum, quo funguntur, ante non natis: quemlibet autem capacitatem habere debere tum temporis, cùm aliquid capere sustinet, ratio efficit. Nec juvat Peckium Statutum conjugalis munificentiæ inhibitorium non videri respicere testamenta condita antequam contrahentes eo loci collocassent domicilium, quod fraus Statuto facta non accipiatur ab eo, qui tum lege illâ nec dum teneretur: refelluntur enim ea, vel ipsâ postremæ voluntatis naturâ, quo, respectu alterius, habemur eo demùm tempore disposuisse quo morimur, quod ad extremum vitæ spiritum ambulatoria sit ultima testatio, nec ante voluntas interposita dici possit ultima, quam cùm alii præterea voluntati locus non est. Quare consequens est dicere, cur ab aperto illo Jure, quo tam mortis testatoris, quàm conditi testamenti tempore Jus hæredis intuemur, recederet Peckius, rationem eum non habuisse.

II. Si minor, scripto curatore: hærede, postmodum major diem obierit, an convalescat institutio?

Alterutro horum temporum (ut hoc obiter attexam) hæredi aut satis esse ut capax sit, tractatum & nuper in collegio fuit. Casus qui disceptabatur erat è converso. Edicto Caroli quinti irritatur quævis minorum de rebus soli compendio curatorum facta testatio. Ultrajectinus major decimo octavo ætatis anno, minor vigesimo curatorem scribit hæredem, annis tribus post concedit in fata. Quæsitum est super capacitate hæredis; & primò quidem, ut illud præmittam, mas licet apud nos octodecimum ingressus annum sui Juris evadat, cùm tamen ei ante vigesimum immobilium alienatio sit inhibita sine curatoris assensu, vix ulla fuit dubitatio, nihil esse impedimento quo minus, cùm testamentum conderet ille testator, teneretur edicto. Cæterum completâ jam per annum vigesimum ætate, an adhuc incidat in edictum, magis dubitatum est; & placuit non incidere. Sanctio quippe Carolina de iis accipienda, qui adhuc sub curatore sunt constituti: nemo enim dici potest reliquisse aliquid curatori, qui eum non habeat, curâ jam dudùm finitâ. Ad hæc cessat ratio, quæ edicto causam dedit, posita in auctoritate, quâ pollent in minorem curatores, metuque ac reverentiâ erga eosdem, ut testatio ejusmodi vix videatur esse libera. Quare eo demùm loco usque ad vigesimum quintum annum tenet constitutio, ubi ante eundem, suam in curam adolescentes non veniunt, vel ideo scripta simpliciter in ætatem annorum viginti quinque, quod apud Belgas nullibi locorum (quod sciam) cura protendatur ulteriùs. Emersit igitur hic controversiæ status. Suffeceritne hæredi mortis testatoris tempore capacem fuisse, an verò eo ampliùs Jus ejus capiendi requiratur tempore conditi testamenti? Et Curiæ

An prohibitio scripta in minores xxv, annis teneat apud nos majores annis viginti?

magis visum est, utroque tempore hæredem capacem esse oportere, adeoque sententiam judicii Civitatis patriæ, quo, testamento insuper habito, hæres ab intestato admissus est ad hæreditaria bona immobilia, communi calculo confirmavit: haud æquum fore existimans, ab initio quod vitiosum fuerat, tractu temporis ut convalesceret.

III. An contracta communio extinguatur per leges novi domicilii, communionem non agnoscentes?

Quid si celebrato apud nos conjugio, Ultrajectini conjuges postea se contulerint aliò, ubi conjugale bonorum consortium non obtinet, perduratne illud quod fuit in loco prioris Domicilii? Ita videtur Scriptoribus plerisque, quos secutus est Frisiæ Senatus apud Joan. à Sande, *lib. 2, Decis. 10, tit. 5,* & laudat Goris, *in Adverf. tit. 1, cap. 7, num. 3,* quibus adde Chopin. *ad ll. Andegavens. lib. 3, titul. 2, num. 4, de comm. bonor. societate,* & Mornac. *ad l. exigere dot. ff. de judiciis,* quorum uterque laudat in id arrestum vetus Curiæ Parisiensis. Quod ita tamen accipe, dummodò in loco contracti matrimonii aliquo tempore conjuges habuerint domicilium, & post larem aliò transferant, ut recte notatum Chopin. *d. loco in margine.* Quam tamen communionem hactenùs putaverim permansuram, donec contrariam conjuges contestationem de ea non interposuerint, si nimirum novi domicilii leges contractam ante communionem permittant exuere. Super quo voluntatem declarasse re ac facto videntur, eo ipso quod bonorum separatione factâ privatim sibi consulat quisque, negotietur, acquirat; ut non male probatum est Burgund. *tract. 2, num. 14, circa finem quæstionis.* Quamquam haud æque recte quæstionem per contrarium determinat idem Burgundus: putat enim per mutationem domicilii & mobilium translationem, eo loci, ubi societas frequentatur, conjuges eandem videri iniisse, licet ea per leges loci pristini domicilii, contractique matrimonii, inducta non esset. Cùm enim communionem hanc causam trahere à pacto, seu expresso, seu tacito, cùm contraheretur matrimonium, inito, ostenderimus ante; ipseque Burgund. *d. loco, num. 11,* recte statuat, conjuges in contrahendo id videri voluisse, quod volunt territorii leges, in quo negotium gerebatur: adeo ut Consuetudo illa in contractus influat; utique solo migrationis facto non dixeris revocari pactiones ante legitime initas, non magis quàm ex nuda domicili translatione non alterantur, aut irritantur conventiones quævis aliæ. Atqui, inquit Burgundus, ex assumpti domicilii Consuetudine liberum est inire societatem, & exuere. Recte id quidem: sed illud ipsum est, quod desideramus, ut contrariâ pactione matrimonii leges retractent conjuges, quod effici solâ migratione non probatur, operaturâ aliàs ultra eorumdem intentionem. Lex quidem novi domicilii, contracta ibidem matrimonia interpretatur, permittitque contrahere communionem & contractam exuere; sed non proponitur id ibi Consuetudinis esse, ut quicunque eo demigrent, contractam in ipsis

matrimonii auſpiciis ſocietatem, citra novæ voluntatis declarationem, ipſo facto exuant.

Quid autem ſi Ultrajectini fixâ apud Hollandos ſede communionem nominatim reſolverint? admittenda diſtinctio eſt, pactione id effectum fuerit, an ultimâ voluntate, ut priori modo rata ſit revocatio, poſteriori non æque, eo quod inibi pactis antenuptialibus derogare non liceat actu inter vivos, liceat ultimâ voluntate, teſte Groenewegen, *ad tit. C. ad Senatuſconſultum Velleianum*: in quam rem & recens Curiæ Hollandiæ judicatum exſtare, perſcripſit mihi D. Henricus Fagel, qui per communia ſtudiorum ſacra, jam pridem me ſibi conjunctum, & officiis devinctum tenet, unà cum fratre Franciſco Fagel, omnibus virtutibus perpolitum par fratrum.

IV. Quid ſi novo in domicilio communionem expreſſim reſolverint conjuges?

Claudat caput quæſtio de dotalitio, cujus loci Statutum ſit ſpectandum in eo lucrando, alibi ſi contractum matrimonium, alibi poſtea conſtitutum domicilium fuerit? demirari ſatis nequeo, quid ſibi velit Mornacius, præcellenti vir doctrinâ, quod ſcribat *ad l. exigere dotem ff. de judiciis in fine*, placere fori peritioribus, ut uterque locus ſpectari debeat tam inſtrumenti dotalis, quàm mutati domicilii, quatenùs ambæ locorum Conſuetudines diverſa de præſtando dotalitio ſtatuant, quæ ipſiſſima ejus verba ſunt. quæſo ſi diverſa ſuper dotalitio ſit loci utriuſque conſtitutio, quî poterit locus ſpectari uterque? niſi velit gaudere ſuperſtitem utroque dotalitio, tam eo quod locus contracti largitur matrimonii, quàm mutati domicilii; ut migratio adjectionem potiùs dotalitii dediſſe, quàm permutaſſe dicatur: quod ipſum tamen an ſibi voluerit Mornacius, affirmare non auſim. Quare miſsâ hâc Mornacii ſcriptione, audiamus alios. Burgund. *tract. 2, num. 10*, ejus eſt opinionis, ut ſi rei immobilis dotalitium in controverſiam veniat, perpetuum ſit reſpicere ad locum ſitûs. Quod ego dictum generaliùs, diſtinctiùs ita tradiderim, ut primo de doario agam conventionali, dein de conſuetudinario. Illo caſu non tam attendendum eſt, utrùm in loco ſitûs par de lucrando dotalitio exſtet Statutum, quàm illud potiùs, num ibidem per pacta dotalia conſtitui queat dotalitium, ut rectâ viâ citra ulteriorem mancipationem res, aut Jus uſusfructûs in rem, contrahentibus acquiratur, ita ut ſi permiſerit hoc Statutum, ſuperſtes dotalitium rectâ viâ lucretur; ſin abnuat, comparata ſit nihilominùs actio perſonalis ex conventione deſcendens, quâ ad conſequendum dotalitium agat ſuperſtes, aut aliàs conſequatur id quod ſuâ intereſt ipſum rei immobilis dotalitium non habuiſſe, atque ita acceptum recte ſe habebit ſuper conventionali, quod traditum eſt apud Argentreum ſuper ſtatutario doario, rerum nimirum lucrandarum ſitum ſpectandum eſſe, & quid ea de re ſtatuta ſingularia permittant, quid abnuant, reſpiciendum, *ad art. 218, gl. 6, num. 46*. Hæc de dotalitio conventionali. Quid

V. Super dotalitii lucro, cujus regionis mos attendendus.

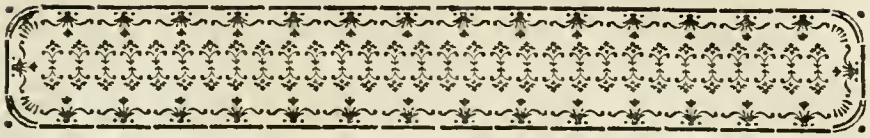
autem dicendum de ſtatutario. Utrùm ſpectari conveniat domicilium quod fuit tempore contracti matrimonii, quod nunc eſt, cùm conjux vitâ fungeretur, an verò reſpicere oporteat ad locum ſitûs? Alia ſane hîc rerum mobilium, alia immobilium cauſa eſt. De mobilibus ſi quæratur, ex ſententia Scriptorum plerorumque non male dixeris attendendam eſſe Conſuetudinem loci, in quo contractum eſt matrimonium & contrahentes exinde aliquandiu foverint domicilium, non quo poſt maritus illud mutarit. Dotalitium quippe cauſam trahit proceditque ab ipſo matrimonii contractu, non ab obitu alterutrius ex contrahentibus, adeo ut ſtante matrimonio ſit illud in habitu, licet alterutrius morte exeat in actum: quemadmodum de ſocietate conjugali Burgundus legitur, *tract. 1, num. 16.* Adeo ut alteri in alterius bonis quæri dicatur à ſolemni ipſo nuptiarum die, Chopin. *de morib. Pariſ. lib. 2, tit. 2, num. 2, in princip.* Mæv. *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 2, art. 12, num. 271.* Ad hæc Jura communionis exiguntur ad tempus contracti matrimonii, ut ſupra adſtruximus; quid ni igitur & exigerentur dotalitia; cum utrumque proficiſcatur à voluntate illa contrahentium, quam in ineundo matrimonio habuerint. Unde recte tradit Burgundus, *tract. 2, num. 11*, vulgarem eſſe hanc opinionem, cui Scriptores non ſine cauſa accedunt, in contrahendo matrimonio id voluiſſe contrahentes & pepigiſſe intelligi, quod volunt loci leges ubi negotium gerebatur, aliter enim de lucro dotis fuiſſent pacti, niſi credidiſſent pro ſe paciſci legem. Sane cum lege loci, quâ doarium tribuitur, in matrimonium coïerit mulier, quæ aliàs haud dubie per conventionem ſibi caviſſet, utique in manu mariti eſſe non debet mutatione domicilii privare uxorem dotalitio jam ei quæſito. Doctores vide apud diſſentientem Mævium *ad Jus Lubecenſe, part. 2, tit. 2, art. 12, num. 401*, vid. & allegatos ab Argentreo *ad art. 218, gl. 6, num. 46, in fine.* Nec moveri debuerat Mævius *leg. 42, ff. de judiciis.* Ne enim dicam lege illâ agi de matrimonio ſoluto per divortium, non per mortem, conſequentia inde deducta nulla eſt. Quin! defendendus maritus Romæ, ubi divertit uxor, ſi reſtitutio dotis exigatur: igitur & in dotalitii modo ac quantitate ratio habenda legis loci, ubi maritus defunctus eſt? Super communione recte litigat mulier, ubi maritus poſtremò habitavit; non tamen ex lege loci illius æſtimatur, quæ qualiſve obtinuerit inter illos communio. Utique alia ratio eorum eſt quæ fori reſpiciunt competentiam, alia eorum quæ litis concernunt deciſoria. Pluribus in locis nos aliquando defendere tenemur, nec propterea tamen ipſum negotium dijudicatur ex more loci, ubi litigamus, ſed potiùs ubi illud inter contrahentes eſt geſtum. Atque hæc eo magis obtinent, ſi in ditione noſtrate collocatum fuerit domicilium poſteriùs: cùm enim apud nos conſuetudinaria dotalitia non frequententur, ac præterea inhibita

ſit omnis inter conjuges, extra mutui uſusfructûs cauſam, gratificatio, res incideret in prohibitorium hoc edictum, ſi per migrationem illam conjux excideret dotalitio, quod ex lege loci, ubi contractum eſt matrimonium & primùm habitaverat, debebatur. Diximus de mobilibus. Videamus de dotalitio rei immobilis: nam ad res immobiles pleraque Jura dotalitia referuntur, teſte Mornac. *ad d. l. exigere dotem.* Fac igitur tertiam aut aliam immobilium partem, uſusfructu tenus, more loci contracti matrimonii, ſuperſtiti cedere, venietne & pars eorum bonorum, quæ extra diſtrictum Legiſlatoris ſita ſunt, ubi Jus ejuſmodi dotalitii non obtinet? Video placere communiter ad bona ſtatuentium duntaxat territorio ſuppoſita pertinere Statutum: vide laudatos à Mævio, *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 2, art. 10, num. 40.* Recte id quidem, ſi ea mens fuerit Legiſlatoris, ut noluerit ſuam Juriſdictionem ad alterius territorii bona porrigere, quam interpretationem in dubio capiendam ſuadent tradita Burgundi, *tract. 1, num. 45.* Quid ſi autem expreſſim ſcriptum ſit Statutum in bona ubicunque ſita, intererit utrùm Statutum locale prohibitorium ſit ejuſmodi dotalitii, nec ne. Illo caſu fruſtra erit alter Legiſlator, repugnante lege loci prohibitivâ vel annullativâ: quorſum faciunt ea quæ ab Argentreo, alia quanquam in ſpecie, tradita ſunt *ad art. 218, num. 38, gl. 6.* Sin autem nihil de dotalitio conſtituat locale Statutum, non quidem forenſibus bonis reale Jus impreſſerit Legiſlator, cæterùm tamen actio naſcetur perſonalis, quâ conjux ad ipſum agat dotalitium, vel ad ejus æſtimationem, quod poſterius arriſit Burgundo *d. tract. 1, num. 46.* Atque hæc ita, ſi in loco domicilii, vel contracti matrimonii, frequentetur doarium. Cæterùm aliud dicendum, ſi locus ille dotalitium neſciat, qui caſus converſus eſt: licet enim eo in loco, ubi bona conjugibus ſunt immobilia, dotalitii lucrum concedatur, ad exteros tamen illud beneficium non pertinet: quippe ad ſubditos reſpexit Legiſlator, quorum perſonas beneficium illud, præter Jus commune indultum, non tranſgreditur: Sunt quidem eæ Statuti vires, ut in bonis ſtatuenti ſuppoſitis ad lucra ejuſmodi poſſit vocare & exteros: cæterùm non voluiſſe vocare potior eſt conjectura; quod hic noluerit Legiſlator certam ſucceſſionis normam introducere, aut prohibere aliquid vel permittere circa rem Juriſdictione ſuâ comprehenſam, ſed dare potiùs beneficium aliquod vel lucrum, quo utique non gaudent exteri; qui nec ratione domicilii, nec contracti matrimonii, nullâve aliâ ratione ad curam Legiſlatoris pertinent, niſi quod in ejus territorio poſſideant bona. Et in hanc ſententiam non male argumentatur Mævius, *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 2, art. 10, num. 41, & quæſtione quarta præliminar. num. 42.* Ex allatis conſequens eſt, & illud dicamus, cum Statuto patrio ſit indultum civibus viro uxorique, qui alteri ſuperfuerit, ut cedant ei ex cumulo ſeu

VI. In lucro ſuppellectilis quod præcipit apud nos conjux ſuperſtes,

an ſpectandus locus celebrati matrimonii, an novi domicilii.

maſsâ, ut loquuntur, bonorum veſtes maxime feſtivæ cum quadam ſuppellectile, fere ad inſtar Gerardæ apud Saxones viduis conceſſæ, lucrari illud, quicunque collocato apud nos domicilio, ibidem devixerit. Conſentit Berlich. *part. 3, concl. 29, num. 195.* Firmat judicato Carpzov. *part. 2, conſtit. 10, defin. 3.* Nam & incolas non minùs quàm cives gaudere hoc lucro certam apud nos interpretationem habet. Nec movet quod communiones conjugalis Jura exigantur ad tempus contracti matrimonii, non mutati domicilii, & quod hæc mobilia è bonis dicantur præcipi, adeoque referenda videantur ad cauſam communionis. Apud nos quippe jam pridem indifferenter hoc lucrum frequentatur, communione exclusâ, juxta ac contractâ, capiturque tam ex bonis communibus, quàm prædefuncti propriis, ut pluribus Curiæ arreſtis comprobatum eſt: adeo ut verbum *Voordeel*, quo utitur noſtras Legiſlator, nihil denotet aliud, quàm lucrum quoddam indultum civibus incoliſque conjugibus, qui alteri ſuperſtites fuerint, ut in eo quodammodò ſibi invicem videantur ſuccedere ab inteſtato, vel ut alter ab altero legale quoddam conſequatur legatum, eorum nimirum mobilium, quibus utimur quotidie, aut quibus vix poſſumus carere, aliud ab eo quod dotalitium vocatur, & apud nos fere mulieribus conſtitui ſolet in amiſſæ pudicitiæ præmium, & ab ipſo nuptiarum momento acquiritur, ut diximus ſupra.



TITULUS TERTIUS

PARS PRIOR.

De pactis quibus obviam itur Juris diversitati, immoto personarum domicilio.

CAPUT PRIMUM.

De Statutis personalibus.

SUMMARIUM.

I. *An uxor teneatur debito mariti, qui cum in loco domicilii Jure communi uteretur, contraxit illud alibi, ubi uxor pro marito obligatur?*

II. *An in Statutis personalibus locus si pactis quibus Juris diversitati occurratur?*

III. *Statutum quo cautum est obligari unà uxorem, si maritus forensis eo loci contraxerit, an valeat?*

DE morum diversitate, quæ vel fixo, vel translato, exoritur domicilio, egimus hactenùs. Nunc pauca fert animus de pactis subjungere antenuptialibus, quæ super hac ipsa diversitate contigerint iniri; cujus loci inspectio suum sibi caput, sedemque postulat peculiarem. Quicunque enim cogitare instituerit morum illam, ac legum per singula fere oppida discrepantiam, seminarium esse controversiarum complurium, quibus non de glande legenda, aut aqua pluvia arcenda, sed de integra, ut plurimum, disceptatur hæreditate, non poterit eum non incessere cupido pernoscendi, ecqua detur ratio, quâ tot tantisque litigiis in ipso matrimonii tractatu commode occurratur. Controversias illas duorum esse generum diximus, alterum genus eorum,

quæ immoto exſurgunt domicilio, mutato alterum. De priori prior ſit noſtra commentatio. In qua ordo ſervabitur à nobis idem, qui fuit in præcedentibus; ut primò de Statutis agamus perſonalibus, dein de iis quæ realia ſunt. Statutorum perſonalium nomine venire diximus, quæ ſtatum ac conditionem concernuht perſonarum, ut ſi cautum ſit uxorem eſſe in poteſtate viri, majorem eſſe qui viginti impleverit annos, & ſi qua ejus notæ protulimus plura. Quid igitur, ſi contrahat alibi mulier aut alienet, ubi eadem poteſtas non obtinet, aut minor, ubi vigeſimo demùm anno minor ætas terminatur, Statutorum hæc diverſitas inducetne diverſitatem Juris? Id enim, ſi non liceat aſſerere, fruſtra quæſiveris de pactis, quibus iſti Juris diverſitati nihil operanti, occurratur. Adſtruximus titulo priore ſtatum ac conditionem perſonarum, effectuſque inde dependentes, metienda eſſe à loco domicilii, ut uxor quæ domi ſit in poteſtate viri, eandem exuat nullibi & domi minor, idem ſit foris, & è contra; adeoque, qui effectus horum eſt, uxor, minor, qui ſine viri, tutoris auctoritate non contrahunt in loco domicilii, nec contrahant alibi. Lubet his cauſam adjicere, quam alibi non retulimus. Si maritus eo loco habitet, ubi Jus commune obſervatur, vel ubi illius in uxorem ea non eſt poteſtas, ut eandem pro debitis ſuis adſtringat; contrahat autem eo loci, ubi pro maritorum debitis uxores obligantur, poterit ne uxor debiti illius nomine conveniri, aut res ejus in loco contractûs repertæ, ob non ſolutum debitum arreſto ſiſti, aut detineri? Cùm hæc obligandæ uxoris poteſtas effectus ſit maritalis in eandem poteſtatis, quam metiendam eſſe diximus à loco domicilii, conſequens eſt dicere debito iſto uxorem non teneri. In quam ſententiam judicatum teſtatur Mævius, *ad Jus Lubecenſ. quæſt. præliminar. 4, num. 20, & de arreſtis, cap. 9, num. 19.* Proinde, ut id quod inſtat, agamus, cùm Statutorum diverſitati perſonæ ſtatus non ſubjaceat, regendus ſemper à loco domicilii, & in præſens de domicilio tractemus immoto, apparet laborandum non eſſe, quâ ratione, quove pacto eidem diverſitati occurratur. Quodcunque enim circa eandem perſonarum conditionem proponatur eſſe conventum, non ad Statutorum diverſitatem, ſed eum pettinet locum, quo pacta diſcutiuntur, quibus ipſi perſonarum conditioni, aut effectibus inde promanentibus derogatum itur: ut ſi quæratur, quod ipſum ad noſtri operis argumentum ſpectat, an & quatenùs maritorum in uxores poteſtatem pacto antenuptiali tollere liceat, vel circumſcribere: cujus loci inſpectione tum demùm nobis opus erit, ubi abſolverimus ea quæ illius ipſius poteſtatis naturam reſpiciunt aut effectus. Itaque conſultò manum in hoc capite de tabula tollerem, niſi Mævius, *d. cap. 4, num 21,* illum caſum poſuiſſet, in percunctando, utrum Statuto queat effici, ut extraneus ille maritus, in loco Statuti contrahens, unà obliget uxorem: id enim ſi

I. An uxor teneatur debito mariti, qui cùm in loco domicilii Jure communi uteretur, contraxit illud alibi, ubi uxor, pro marito, obligatur?

II. An in Statutis perſonalibus locus ſit pactis quibus Juris diverſitati occurratur?

III. Statutum quo cautum eſt

ſi affirmaverimus, en nobis excitatam controverſiam; quæ hujus ſit loci. Utrùm nimirum Juris iſti diverſitati pacto aliquo poſſit occurri. Verùm recte negavit Mævius Legiſlatoris eam eſſe poteſtatem, ut uxorem quæ ſuo in territorio non contraxit, ullis conſtringat Statutis; id enim Jus eſſet dicere extra territorium. Mariti alia ratio eſt, qui eo ipſo quod alio in loco contraxit, ſe legibus ejuſdem ſubmiſit.

obligari una uxorem, ſi maritus forenſis eo loci contraxerit, an valeat?

CAPUT II.

De pactis quibus obviam itur Juris diversitati, quam domicilio non moto excitant Statuta mere realia.

SUMMARIUM.

I. *De vi pacti antenuptialis apud Hollandos, quo cautum est bona ultimi ex liberis reditura ad latus, unde provenerunt, secluso parente superstite.*
II. *De effectu ejusdem pacti apud nostrates.*
III. *An liceat conjugibus mutare pactum stante matrimonio?*
IV. *An patri competat legitimæ ullius, aut trebellianicæ portionis detractio, suo nomine?*
V. *An nomine liberorum, tanquam Jure detractionis ad se transmisso?*
VI. *Scriptis hæredibus, quos Jure hæredes esse oporteret, num vocati, qui testatori per leges patrias essent hæredes; an verò quos parentes pactis antenuptialibus ei delegerint?*

STATUTORUM mere realium exemplum nobis exhibuêre Jura lata de modo succedendi ab intestato; quem diximus exigi ad locum rei sitæ, si de rebus quæratur immobilibus; ad defuncti domicilium, si de mobilibus. Videamus ecquæ partes & hîc sint tabulis antenuptialibus. Apud nos totam per Provinciam Jus ab intestato frequentatur uniforme, quod apud Hollandos fere duplex obtinet, alibi Scabinico Jure, ut vocant, utentes, Asingico alibi: ut una eademque hæreditas simul, & Asingico & Scabinico Jure, sæpenumero censeatur: nec id tamen, si ad mores hodiernos adspexeris, est absonum: quot enim bona defuncti sunt diversis in regionibus, diverso Jure directa, totidem hodiè censentur esse hæreditates. Fac igitur pactis dotalibus inter conjuges convenisse, ut liberi parentibus hæredes essent, & si liberorum novissimus absque prole decederet, bona materna maternis, paterna paternis concederent; non autem ad parentem devolverentur superstitem. Videamus cujus effectûs sit hujusmodi pactio. Et quidem apud Hollandos propterea stipulationes illæ invaluerunt, ut obviam iretur maritis domicilium in solo Asingico collocantibus, vel ibidem prædia eâ mente comparantibus, ut si liberi post matrum mortem vitâ fungerentur, ipsi patres hæredes essent: teste Neostad. *in not. ad observ. de Pactis antenup.* & Grot. *in Manuduct. lib. 2, part. 22.* Quibus pactionibus id effici duntaxat scriptores iidem attestantur, ut modus introducatur succedendi ab

I. De vi pacti antenuptialis apud Hollandos, quo cautum est bona ultimi ex liberis reditura ad latus, unde provenerunt.

inteſtato, non ut adimatur conjugibus, aut liberis eorum dipoponendi facultas. Adde *deciſ. ſupremæ Curiæ Holland. 78*, & Coren. *obſ. 20, num. 16*, & *conſil. 9, num. 48*, & *ſequentib.* Apud nos quoque cùm de ejuſmodi clauſula lis eſſet, ex præſumpta contrahentium voluntate, eam ita interpretati ſunt Judices, ut clauſulæ tum demùm locus ſit, cùm liberi decederent in pupillari ætate, & vel quandocunque ab inteſtato: quod recte monuerit Peckius quoſlibet oculatos eſſe debere, qui res aliter affectas eſſe volunt, *de teſtam. conjug. lib. 1, cap. 6.* Judicatum apud nos à judicio civitatis patriæ *23, Mey 1626, tuſſchen Floris de Goyer cum ſocio contra Elbert van Bylert cum ſocio*, & in reviſione *tuſſchen Jor. Droeffelaer contra Erneſtus van Ommeren.* Verum fac ejuſmodi pactionem apud noſtrates interpoſitam fuiſſe, num æque libera erit conjugibus ejuſdem mutatio? minime: quod apud nos, commodo alterius ex conjugibus, pactis dotalibus ne vel tantillum fas ſit obrogare; Radelant. *dec. 84, num. 16 & 17*, vid. Goris, *Adverſ. tract. 1, cap. 8.* Chriſtin. *ad leges Mechlin. tit. 9, art. 11, ad num. 12, in addit.* Chaſſaneus, *ad Conſuet. Burgund. rub. 4*, §. *2, verſic. & acquiſitor. ſub. num. 15.* Annæus Robert. *rer. judic. lib. 4, cap. 1.* Hæc ita de bonis in ditione noſtrate conſtitutis: aliud in rebus ſoli Hollandici quod eæ prohibitoria noſtrate lege non teneantur, ut demonſtravimus ante, ac apud Hollandos pacta antenuptialia mutare liceat ultimâ voluntate. Quæſitum eſt ſuper eadem ſtipulatione, num competat patri legitimæ trebellianicæ, aliæve Juris portionis detractio, in bonis quæ proli noviſſimæ vitâ functæ, à matre obveniſſent; vel ſaltem an liberorum legitima & Trebellianica, uti quæ à matre minime gravatæ eſſent, aut affici potuerint, patri debeantur Jure inteſtati: duplex enim hujus rei inſpectio eſt, ut tam ſuo, quàm defunctæ prolis nomine pater legitimam videatur poſſe obtendere. Non eſſe tamen, ut ejuſmodi portiones ſibi fingat, aſſerit Neoſtadius; eo quod hujuſmodi prærogativas, ultimis datas voluntatibus, neget pactis convenire, *in notis ad d. l. obſ. 2.* Illudque ipſum apud Hollandos certam ſatis interpretationem videtur habere, vid. *Grot. dict. part. 29.* Apud noſtrates autem controverſa quæſtio, varieque ventilata eſt. Putaverim tamen tutiùs fore, ſi nos aliud hîc ab Hollandis non dicamus. Ut enim primò videamus, num patri ſuopte ex capite legitimam liceat detrahere, illud conſtat, patrem hîc à filio nullâ præteritione vel exhæredatione eſſe notatum, nullove modo in legitima circumſcriptum, conſequenter non habere eum quod de inofficioſo conqueratur, legitimæ autem petitionem ceſſare, ubi locus querelæ non fuiſſet, probant *l. 3, l. 30, C. de inofficioſ. teſtam.* Fab. *in Cod. lib. 5, tit. 5, defin. 6, num. 3.* Vulgatum apud Doctores argumentum eſt. Legitimæ petitio ſuccedit loco querelæ vel bonorum poſſeſſionis contra tabulas. Huic non competit aut querela, aut bonorum poſſeſſio. Igitur nec competet legitima: quibus verbis in materia non abſimili utitur Tiraquellus *de Jure primoge-*

II. De effectu ejuſdem pacti apud noſtrates.

III. An liceat conjugibus mutare pactum ſtante matrimonio.

IV. An patri competat legitimæ illius aut trebellianicæ portionis detractio, ſuo nomine.

nitur. q. 55, num. 11. Eo facit quod legitima dicatur sumere initium à causa testati. Peregrin. *de fideicom. art. 36, num. 5.* Quî poterit ergo peti legitima ex bonis ejus, qui decessit plane intestatus? quod enim ab hæreditate fillii repellatur hic pater, non à dispositione filii est, sed à suomet ipsius pacto proficiscitur, idque damnum cùm suâ sentiat culpâ, de se queri, sibique hoc imputare debet. Unde & obstat ipsa legitimæ natura, quæ definitur triens, vel semis ejus portionis, quam quis esset habiturus ab intestato. Quare frustra sit pater legitimam petens iis ex bonis, quæ ab intestato ad eum non erant perventura. Nec est, ut moveremur vulgatâ Doctorum regulâ, quâ dictitant per generalem hæreditatis renuntiationem, non censeri renuntiatum legitimæ, desumptâ ex *leg. si quando C. de inofficios. testam.* Primò enim Doctores videas fere loqui de renuntiatione liberorum, non parentum, quibus liberorum hæreditatem non ita deberi, ut liberis debetur parentum, dicit Jurisconsultus, in *leg. 7, §. 3, ff. unde liberi.* Ipsa certe Glossa *ad l. si quando §. illud, in verb. gravari, ibi, solutio aliud in patre:* negat constitutionem ad patrem pertinere: consentit Acacius in *tractatu de Privilegiis parentum & liberorum, privileg. 14, parte altera cap. 5, num. 3.* Ita & pleræque leges speciale quippiam liberis concedentes, ad parentes non porriguntur. Ita lex finalis *C. de repud. hæredit.* ad recusatam parentis hæreditatem regressum dans filiis, locum non habet in parentibus, vid. *cumm. DD. ad d. l.* Ita lex, hâc consultissimâ, §. *ex imperfecto C. de testam.* Ita lex avus, *ff. de Conditionib.* agentes de liberis, cessant in parentibus. Deinde procedit hæc regula in hæreditate, cujus Jus jam erat quæsitum, vel ut cum Jurisconsulto loquar in *l. 1, §. si impubes ff. de collat. bonorum,* cùm jam nata esset quartæ petitio: non autem in hæreditate, quæ nondum obvenerat; ex doctrina eorum, qui de legitimæ prærogativis tractant ex professo: vide Merlin. *de legit. lib. 3, tit. 2, quæst. 26, num. 13,* & Mangil. *de imputat. & detract. quæst. 91, num. 15,* & jam ante eos Ruinum, *1 vol. consil. 97, num. 7,* adde duos stupendæ lectionis Jurisconsultos Tiraquell. *quæst. 55, num. 14,* & Menoch. *consil. 71, num. 7.*

V. An nomine liberorum, tanquam Jure detractionis ad se transmisso?

Hæc ita de ea quæstione dicta sunto, num pater suo ex capite detrahendæ legitimæ Jus habeat. Plus difficultatis forsan in eo erit, an non idem habeat pater ex persona filii, vel potius an non ex bonis maternis libera ad filios pervenerit legitima, utpote cui gravamen imponi nequiverit, quod lex ipso Jure adjecta onera rejiciat *l. 32, & Author. novissima C. de inofficios. testam.* quam deinde filius dicendus sit transmisisse ad patrem: cum & Doctoribus probatum est non posse liberos qualibuscunque conditionibus matrimonii contractui appositis, legitimâ defraudari. Peregrin. *de Fideicom. art. 50, num. 23.* Verùm non est ut hoc quemquam turbaverit: cùm enim in eo moribus sit recessum à Jure, ut hæreditas detur pactis, vel potiùs ut à conjugibus in ipsis matrimonii auspiciis certus ordo sibi liberisque succedendi ab intestato con-

ſtituatur, adeoque liberi impuberes haberent illos hæredes, quos parentum Judicium ipſis elegerit, vel ut adulti eo ipſo quod alios hæderes non ſcripſerint, datos à patre viderentur approbaſſe; dicendum eſt, nullo liberis impoſito gravamine, legitimæ aut trebellianicæ detractioni ex capite eorumdem non eſſe locum. Ne dicam quod patre per ſuam ipſius renuntiationem à liberorum hæreditate ſecluſo, Jus detrahendi legitimam, ſi quòd competiiſſet liberis, non tranſmiſiſſent illi ad patrem, hæredem ſibi non futurum, ſed ad eos, qui ab inteſtato eſſent ſucceſſuri. Quomodo & non ita pridem judicatum apud nos in reviſione, Jus habendi legitimam abſque onere in bonis Emphiteuticis, quæ apud noſtrates ad inſtar feudalium lineæ inhærent, non pervenire ad matrem, hæredem in cæteris ab inteſtato; ſed ad paternæ lineæ agnatos proximos, unde illa bona devenerant, *inder ſaecke van Niclaes van Portengen contra Floris Wttenengh.*

VI. Scriptis hæredibus, quos Jure hæredes eſſe oportet, num vocati, qui teſtatori per leges patrias eſſent hæredes, an verò quos parentes pactis antenuptialibus delegerint.

Tenuit nuper Curiam quæſtio, quam ſi hîc intexuero, non multum me puto à re diſceſſurum. Pactis dotalibus certus cùm eſſet à contrahentibus conſtitutus ordo ſibi liberiſque ſuccedendi ab inteſtato; diemque primum obiiſſent contrahentes, poſtremo noviſſima proles, hujuſque teſtamentum exſtaret, quo collatis in diverſas perſonas legatis, ea tandem comprehenſa erat clauſula, quâ teſtatrix ſibi hæredes fore declaraverat, quos Jure eſſe oporteret.... Orta lis eſt inter eum, qui proximus hæreditati per patrias eſſet leges, & eum qui pactis vocaretur dotalibus; utroque ſibi hæreditatem vindicante. Curia noſtra hoc anno 1651, omnium calculis hæreditatem adjudicavit ei, qui pactis innitebatur antenuptialibus; quod ex ante ſcriptis teſtatricis verbis apparere videretur de hæredibus nihil eam voluiſſe eſſe diſpoſitum, ſed cauſam illorum relictam eo loco, quo ea erat tempore conditi teſtamenti. Sane verborum proprietati ſi quis inhæreat tenacior, dicturus erit, inſpici oportere, uter litigantium ante vel citra teſtamenti tabulas Jure hæres eſſe deberet, utique non ille futurus, qui per legem proximior erat: cum patrius ſuccedendi ordo ab inteſtato jam ante ſublatus fuerit per illum alium, pactis in ejuſdem locum, ſurrogatum. Ad hæc in ambiguo, pactis parentum derogatum noluiſſe liberos, tutior capitur conjectura. Ac præterea cùm legatis honorati eſſent propinqui alii, nullo prorſus dato ei qui Jus ſuccedendi ex pactis haberet, in quem tamen non conſtabat teſtatricem animo fuiſſe minùs æquo, veroſimile habebatur hoc idcirco ab ipſa factum eſſe, quod ſciret poſteriorem illum ex pacto ſibi futurum hæredem.

CAPUT III.

De pactis quibus diversitati Juris immoto occurritur domicilio, & quidem circa actûs alicujus solemnitatem.

DISSERUIMUS de Statutis mere realibus, qualia fere sunt, quæ modum succedendi concernunt ab intestato. Proxima cura est, ut videamus an pactorum sit aliquis effectus circa formam actûs aut solemnitatem. Realium enim Statutorum, quibus actus hominis intercurrit, bipartitiam hanc fecimus divisionem, ut vel in formam scripta sint, vel in materiam. De illis non est ut magnopere laborem : in manu namque privatorum non est quâcunque pactione derogare solemnitatibus, quæ ad actûs cujusque confectionem, vel per leges sitûs, vel domicilii sunt adhibendæ; quod nemo facere possit, ne leges in testamento aliquando à se celebrando, locum habeant. Unde nuperrime à Curia nostra secundùm sententiam Senatûs Frisici pronuntiatum est non deberi legatum, à testatore privatâ scripturâ relictum, ut maxime ab eo præcedente testamento scriptum esset, velle se rata esse, quæcunque legata ad eundem modum dedisset; frustra nimirum laborante testatore id agere, ne forma lege præstituta suis in legatis locum haberet. Illud quidem plusculis Juris nostri locis comprobatum est, hæreditate, legatove in testamento rite datis, nominis quantitatisve expressionem rejici posse in codicillos, aut aliam quamcunque scripturam, quæ fidem mereatur : quod tum solemniter constet de voluntate testatoris, instituere aliquem, aut legatum dare volentis. Verùm ut & voluntas ipsa dandi vel legandi, & simul legati quantitas, aut legatarii nomen, adeoque actus in universum, aliâ quam legitimâ sustineatur solemnitate, nullum Jus, nullave ratio est, quæ id effecerit. Sed de his plura volenti adeundus Herbajus, qui locum enucleavit accurate, *Rer. Quotidian. lib. sing. cap. 8.*

CAPUT IV.

De pactis quibus obviam itur Juris diversitati, quam immoto domicilio producunt Statuta realia, circa actûs substantiam.

SUMMARIUM.

I. *Pactum ut dos exigatur juxta consuetudinem loci alterius an valeat?*
II. *Quid si pactioni repugnet locus rei sitæ?*
III. *Pactum, ut lucretur mulier dotalitium, quod per mores præfinitur, quos mores designet?*
IV. *Institutis à me hæredibus, quos habiturus essem ab intestato, quales vocaverim?*
V. *Si conventum sit ab Ultrajectinis conjugibus, ut Hollandico Jure semet inter uterentur, an valeat mutua proprietatis donatio?*
VI. *Quid si nominatim convenerit, ut liceret conjugibus sibi invicem gratificari, an subsistet prædiorum nostratium donatio?*
VII. *Quid si alibi suppetant bona, quæ licuit conjugi in alterum conferre, an ex iis supplebitur quod per mores nostrates donare conjux prohibebatur?*
VIII. *An liceat apud nos pactis dotalibus bona superstiti relinquere?*
IX. *Si scriptum sit dotalitii stipulationem pertinere & ad bona alterius territorii, dotalitium nescientis.*
X. *Si convenerit inter nostrates, ne stante matrimonio relinquant sibi invicem usumfructum, an pacto teneantur stare?*
XI. *Quid si pater pollicendo dotem, ejusmodi pactionem interposuerit?*
XII. *Quid si pactioni duntaxat adfuerit pater?*

RELICTIS Statutis quæ in forma, aut solemnitate actûs consistunt, transeamus ad ea, quæ materiam spectant, aut substantiam, in quibus eo plus hæret difficultatis, quo plures hîc surgunt controversiæ, quæ disquisitionem desiderant. Non puto peccaturos, qui dixerint inspici oportere, utrùm leges loci, cui res soli subjacent (nam mobilium Jura loco domicilii metienda esse scripsimus ubertim supra) ejusmodi pactiones admiserint, ratasque esse jusserint, nec ne. Verbi gratiâ, si conventum sit tabulis dotalibus, ut dos exigatur secundùm Consuetudinem loci alterius, quàm ubi fovet maritus domicilium, standum esse hujusmodi pactioni, recte censuit Curia Parisiensis apud Mornac.

I. Pactum ut dos exigatur juxta Consuetudinem loci alterius, an valeat?

ad leg. exigere dotem ff. de judiciis. Quid ita? quod utrobique locorum licuerit pactiones eas interponere. Contra si per leges loci, ubi bona constituta sunt, limitetur illud rerum immobilium doarium, forte ita, ne trientem excedat, (cujusmodi certe doaria apud nos in arctum cogenda esse jam pridem depravati mores postulant) non oberit utique Consuetudinis ejusmodi tabulis nuptialibus inserta derogatoria clausula, quantum ad bona illa prædiaria attinet: sed revocabitur dotalitium ad statutum legibus modum: eo quod nemini liceat privatâ cautione refragari legi publicæ negativæ, aut prohibitoriæ: vide Renatum Chopin. *ad leges Parisiorum, lib. 2. tit. 2, num. 15 & num. 22, circa finem*, nec male traditum est à Burgundo, *tract. 1, num. 51*, si res soli, inter se regionibus divisas, in matrimonium attulerint conjuges, pro cujusque regionis Consuetudine, aut venire dotalitium, aut non venire, ut ita loci sitûs custodiatur Statutum. Quare si de ejusmodi dotalitio à muliere lucrando convenerit, quod per mores civicos præfinitur; non illud intelligitur, quod obtinet in contracti matrimonii, vel domicilii loco, sed quod per leges soli cujusque tribuitur, in quo prædia sita sunt, ut definivit Parisiorum Curia apud Chopin. *dicto num. 15*. Unde non abludit quod apud nostrates pronuntiatum est, institutis nimirum à testatore hæredibus, quos habiturus fuisset ab intestato successores, non illos scriptos intelligi, quos vocat mos domicilii, sed quibus favet loci cujusque lex, in quo prædia constituta sunt; verùm num recte se habeat utrumque judicatum, & an non posterioris nomine merito vapulent Judices nostrates apud Joannem à Sanden, *Decis. Frisica. lib. 4, tit. 8, defin. 7*, viderimus aliàs, quod ambæ quæstiones non potestatis, sed voluntatis, adeoque hujus loci non sint.

II. Quid si pactioni repugnet locus rei sitæ.

III. Pactum ut lucretur mulier dotalitium, quod per mores præfinitur, quos mores designet.

IV. Institutis à me hæredibus, quos habiturus essem ab intestato, quales vocaverim.

Rursus fac dotali conjugum Trajectinorum instrumento comprehensum esse, ut Batavo illi Jure semet inter uterentur, ratane erit conjugum collata ex hærediis Ultrajectinis donatio, ubi per loci leges coguntur in arctum, & ad merum rediguntur usumfructum conjugales donationes? Judicatio quæstionis iterùm in eo est, utrùm pacto possit effici ut prohibitoriâ loci lege solvantur prædia? Quod negatum est à nobis toties: sæpe enim dictum, sæpe dicendum est, loci cujusque Statuta plenum Jus exercere in subjecta prædia. Publicæ autem prohibitioni in favorem inductæ hæredum legitimorum, pactis nequit derogari privatorum, in quorum manu alioquin foret efficere, ne sese prohibitoriæ loci leges constringerent, & hanc sententiam amplexa Curia est Parisiensis apud Chopin. *de Privileg. rusticor. lib. 2, cap. 2. num. 4.*

V. Si conventum sit ab Ultrajectinis conjugibus, ut Hollandico Jure semet inter uterentur, an valeat mutua proprietatis donatio?

Unde apparet quid sit dicendum, si tabulis antenuptialibus nominatim sit conventum, ut insuper habità patrii Juris prohibitoriâ lege, integrum nihilominùs conjugi futurum sit conferre liberalitatem in alterum. Sed cùm, de ea quæstione, non una omnium sit sententia, operæ pretium est tractare eam paulò uberiùs. Sunt qui stipulationem hanc effectum debere sortiri contendunt.

VI. Quid si nominatim convenerit, ut liceret conjugibus sibi invicem gratificari, an subsistet prædiorum nostratium donatio?

tendunt. Menoch. *consil. 496, num. 109.* Boër. *ad Consuet. Bituricens. tit. 3, §. 1, num. 6, versic. sed quid si fiat.* Chassan. *de Rub. 4, §. 7, in verb. nisi aliter, num. 2,* qui tamen posterior loquitur de ejusmodi lege, quæ hanc exceptionem adjunctam habet, nisi in tractatu matrimonii aliter convenerit. Contra sunt plures, qui eam nullius momenti esse tenent. Scipio Gentilis, *lib. 4, de donat. inter vir. & uxor. cap. 3.* Argentr. *ad Consuet. Britan. art. 220, gl. 7, num. 1 & 2.* Louët, *en son Recueil, lit. M. cap. 4, in annotat. ad lit. A.* Moulin, *sur les Coûtumes générales de Bourgogne, chap. des Droits & Appartenances, art. 26,* & videatur Goris, *in Adversariis, tract. 1, cap. 6, num. 20, in annotationibus quibus nuper ea locupletavit & ab eo allegatus* Charond. *in respons. lib. 13, cap. 86.* Et pro hac sententia palmarium argumentum est quod Argentreus vir impensè doctus deducit *ex leg. 4, C. de Donationib. propter nupt.* qua sine effectu esse sancitur, quicquid sponsæ eâ lege donatur, ut tum dominium ejus adipiscatur, cùm nuptiæ fuerint secutæ : unde multò minùs ea rata erit donatio, cujus non implementum, sed ipsa celebratio rejicitur in tempus matrimonii illicitum. Ad quem legem Gothofredus aliique regulam hanc relatam tradidêre, paria esse fieri aliquid tempore prohibito, & conferri in tempus prohibitum. Quanquam, ut hoc obiter percenseam, non immeritò miratur Argentreus *d. l. 4,* sine effectu pronuntiari donationem, quæ re ipsâ nihil contineat aliud quàm hanc notam conditionem, si nuptiæ fuerint secutæ, qua sub conditione donari sponsæ Jus non est impedimento, *l. 1, ff. de donat. §. 4, Insl. eod.* nisi forsan illud Argentreo regeramus, donationem illam sub conditione factam, si nuptiæ secutæ fuerint, perfectam esse ab initio, eo quod donator rei traditione sit defunctus, condicendæ iterùm, tanquam causâ datæ, causâ non secutâ, si spes matrimonii decollaverit : cùm alia in specie rejiciatur in tempus prohibitum ipsa dominii adeptio, in illud nimirum, cùm nihil eorum quæ spectant ad gratificationem, licet inter conjuges peragere; lege non permittente privatis Jus publicum pactis ita mutare, ut ipsis liberum foret actum aliquem tum celebrare, cùm Jure eum prohibentur exercere. Argent. *l. Juris gentium, §. & generalit. l. Jus publicum 38, ff. de pactis, l. quod bonis 15, §. frater ff. ad l. falcidiam.* Quibus convenienter, ait Ulpianus, ad sententiam prohibitoriæ orationis pertinere, si sponsus sponsæ donaverit, collatâ in tempus matrimonii donatione, *l. 32, §. 22, ff. de donat. inter vir. & uxor.* Certe irritam esse quamlibet conjugum sibi gratificandi reservatoriam clausulam, evincit ipsa prohibitoriæ illius legis ratio; sive enim ea sit, ut concordiæ ac famæ conjunctorum consuleretur, quæ fere Juris Romani fuit, sive ea potius, ne profusa conjugum erga se invicem liberalitas nimio hæredum legitimorum cederet dispendio, utralibet sane ratio conventioni illi super conjugali donandi facultate interpositæ refragatur : secundum quod à Curia nostra pronunciatum, & in revisione concordibus suffragiis conclusum est,

in causa Caroli Constants nomine uxoris priùs nuptæ Diemeno Societatis Indiæ Præfecto supremo, & Petri de Gruyter cum sociis.

VII. Quid si alibi suppetant bona, quæ licuit conjugi in alterum conferre, an ex iis supplebitur quod per mores nostrates donare conjux prohibebatur?

Quid autem si alia testatori bona suppetiissent nostræ Jurisdictionis legibus non obnoxia, quorum donandorum ei Jus esset, debeturne ex iis bonis, tantundem ac donatum aut legatum esset, reficiì ac suppleri superstiti? pro negativa sententia disputat luculenter ac Frisiæ judicatum adducit Joannes à Sanden *Decis. Fristcar. lib. 4, tit. 4, defin. 4.* Et certe aliter si dixerimus plane redderetur inutilis ac elusoria donationis prohibitoria lex. Nec est quod dixerit aliquis : legasset testator tantundem ex aliis bonis, quæ lege illâ non tenebantur, si donationem à se factam aliquando irritatam iri cogitasset, ut propterea dicendum jam sit ex aliis bonis resarciri oportere, quodcunque superstes de donatis nequiverit adipisci. Verùm ea ratio si valeret, quandocunque contra leges, vel etiam citra legitimum modum, aut formam relictum aliquid, aut ordinatum esset, protinùs ad has voces confugeret legatarius. Constat de voluntate dare volentis; adjuvetur ea benigniter, ut si qua alia suppetat via, quâ voluntati satisfiat, accipiamus, eâ ut uteremur, testatorem voluisse. Atqui illa ipsa testatoris voluntas prorsus est in obscuro; frequenter namque contingit homines de industria ejusmodi aliquid ordinare, quod neutiquam lateat ipsos non habiturum vires, quo vel conjugalibus hæredipetarum lenociniis, aut vexationibus se liberarent.

VIII. An liceat apud nos pactis dotalibus bona superstiti relinquere?

Quod diximus licere nemini conferre vel rejicere confectionem in tempus prohibitum, in hoc quoque dictum esto, ut contra tradendum sit, si stipulatio nuptialibus tabulis inserta, contineat actum, qui per se habeat perfectionem, ita ut nullus præterea alius actus postea sit peragendus. Quare apud nos vel bonorum proprietatem pactis dotalibus in superstitem tanquam hæredem licet transcribere. Unde & si conventum esset dotalitii stipulationem pertenturam ad bona ubicunque sita, ut maxime loci Statutum ejusmodi dotalitium nesciat, recte diximus cum Burgundo *tract. 1, num. 52,* concedi superstiti actionem personalem, quâ compellat hæredes ad ejusmodi conventionale dotalitium præstandum : suam quippe sibi firmitatem & complementum stipulatio ista habet, nec ullus postmodum actus tempore prohibito venit celebrandus, sed sola promittentis exspectanda mors, quâ promissi dotalitii dies veniat.

IX. Si scriptum sit dotalitii stipulationem pertinere ad bona alterius territorii, dotalitium nesciens.

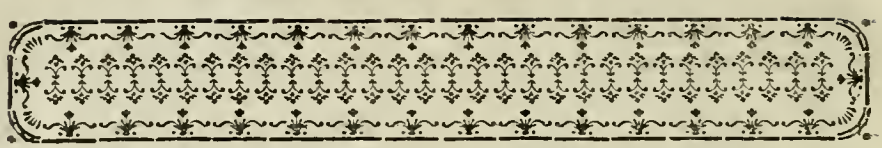
X. Si convenerit inter nostrates, ne stante matrimonio relinquant sibi invicem usumfructum, an pacto teneantur stare?

Nuper ex facto quæsitum memini, interposito apud nos connubiali pacto, ne unquam conjugibus fas esset sibi invicem bonorum usumfructum constituere, an subsistet datio, si postmodum recedere à pactis visum fuerit conjugibus? Respondimus Jurisconsulti complusculi dationem valere, quod non impingeret in nostratium leges ususfructu tenus conjugalium donationum haud prohibitorias, ut eadem in causa apud nos hæc res sit, atque si pacto antenuptiali apud Hollandos prohibita foret quævis om-

ninò inter conjuges donatio, quando tamen ibi, ni fallor, per ultimam voluntatem liberum esset ab eodem pacto recedere. Pariter apud nos, cùm cesset ratio, quæ pacta nostratia extra revocationis aleam constituit, ne nimirum ea res incideret in prohibitam proprietatis inter conjuges donationem, efficaciter suam illam voluntatem conjux erit immutaturus. Quemadmodum & Chopinus innuit pactis dotalibus non potuisse mutuo consensu derogari, idcircò judicasse Senatum Parisiensem, quod ea res contineret obliquam donationem viri in uxorem, quæ patriâ lege prohibeatur, *ad leges And. lib. 3, tit. 2, de connubiali bonorum consortio, num. 22, in fine.* Aliud tamen à præcedentibus dicendum, si pater pollicendo dotem pepigerit, ne vel in usufructu sibi invicem gratificarentur conjuges: quod unicuique liberum sit traditioni rei suæ eam legem adjicere, quam voluerit *l. 48, de pactis.* Quid autem si mulier de suo dotem dederit, parentesque ad interponenda pacta adhibuerit, ut fieri ferre assolet? Probata legibus distinctio est, parentum in favorem, vel iis gratificandi animo si id fecerit mulier, stare eam conventis teneri; sin autem ob mandatum magis, vel moris aut testandæ reverentiæ erga parentes adhibuerit (quod quoties de suo dotem dat mulier, factum esse Jura præsumunt *l. 72, mulier. §. ult. ff. de Jure dotium* & nos quoque in modo dictâ quæstione respondimus) posse mulierem arbitratu suo postea instrumentum dotale mutare *d. l. 72, l. Seja. de dot. prælegat. l. cum quis, nuptura de leg. 3,* & quæ porro præterea in hanc sententiam profert Costal. *ad l. cum maritus §. mulier ff. de pactis dotalibus.* Atque hanc tum sententiam super facto consultus unà cum aliis amplexus sum, me tamen non parum fluctuante; quod hâc pactione concordiæ matrimonii consultum voluerint contrahentes, ut quisque eorum, suo contentus, non habeat postea, de quo alteri molestiam extorquendæ donationis ergo, possit exhibere: ut vel hâc boni publici ratione pacta servanda esse non male nonnulli teneant. Vid. Goris *in Adverf. tit. 1, cap. 8. num. 7.* Ad hæc spectat illa conventio ad excludendas fraudes ac metum, qui inter tam conjunctas personas facile præsumitur intercessisse, quod & solus torvus adspectus justum metum dicatur inter eas inducere: quorsum spectantia perpulchra sunt, quæ habet Mornac. *ad l. 26, §. 2, ff. de pactis dotalib.*

XI. Quid si pater pollicendo dotem, ejusmodi pactionem interposuerit.

XII. Quid si pactioni duntaxat adfuerit pater.



TITULUS QUARTUS

PARS ALTERA.

De pactis occcurrentibus Juris diversitati, domicilio mutato.

CAPUT PRIMUM.

De Pactorum effectu circa Statuta personalia.

SUMMARIUM.

I. *An valeat pactum, ne maritus citra consensum uxoris mutet domicilium?*

II. *An ne certum aliquem in locum migret?*

III. *Quid si pœna sit adjecta pactis, si maritus ea violarit?*

IV. *Quid si interfuerit mulieris alium in locum non abduci, ut si Trajecto demigret maritus in Hollandiam?*

V. *Si convenerit inter Hollandos, uti mulier dotem salvam habeat, iique domicilium postmodum transtulerint Ultrajectum, an creditoribus, debiti apud nos contracti nomine post obitum viri, in mulierem agentibus, pactio illa sit nocitura?*

VI. *Quid si repetito priori domicilio, maritus ibidem diem obierit, num vel tum creditoribus Ultrajectinis obsutura sit pactio?*

VII. *Obligandæ uxoris potestas, num communionis sit effectus, an verò Juris maritalis?*

VIII. *Si conjuges Ultrajectini concedant habitatum in Hollandiam, an à morte viri in uxorem agatur efficaciter ejus debiti nomine, quod apud nos contraxit illa, marito inscio?*

IX. *An si maritus contraxit, uxor teneatur duntaxat pro dimidia?*

X. *An Hollanda conjux, quæ domi sine viri contraxit auctoritate,*

translato postmodum in ditionem nostratem domicilio, post mortem viri possit conveniri?

EXPLICATA postremi Tituli Parte priori, quando non recessimus à domicilio semel constituto, superest ejusdem Pars altera, quâ secundùm præscriptum nobis ordinem tractandum est, de domicilio aliò translato. Unde prima, & quasi partis hujus Præliminaris sit inspectio, an & quatenùs mutandi domicilii Jus, pacto aliquo circumscribi queat, aut inhiberi. Conveniens igitur est, ut primò videamus, num pacto antenuptiali queat effici, ne uxor teneatur sequi maritum, domicilium aliò transferre volentem, eove pacto obviam iri controversiis migratione illâ excitandis: deinde mutato domicilio, quam vim habeant pacta conventa, quibus cautum est, quod Jus cujusque loci super conjugum Jure sit inspiciendum. An & quatenùs uxoris sit sequi solum vertentem maritum, attigimus supra. Nunc quæritur valeatne pactio, quâ inter contrahentes convenit, ne extra consensum uxorium fas sit viro mutare domicilium. Sunt qui, cum potestate mariti, penes quem constituendi domicilii Jus est, adeoque cùm debita ei reverentia, pactionem hanc arbitrentur pugnare: cujus sententiæ sunt Covar. *de Matrim. part. 2, cap. 7, num. 5 & 6.* Masuer. *de Nuptiis, pag. 335,* nec ab ea alienus videtur doctissimus Tuldenus *ad tit. C. de Nuptiis, num. 4,* qui vel ideo tenere hoc pactum negat, quod Jus infringat libertatis, Argent. *leg. Titio 71, §. 2, ff. de condit. & demonstr.* Alii contra standum esse conventioni affirmant, nisi gravi de causa post contractum matrimonium emergenti, mutetur domicilium. Mihi sic videtur Maritalem potestatem quod attinet, licet ea in totum tolli nequeat, quo minùs tamen effectus ejus imminui, certave in re coarctari possit, Jus non est impedimento. Quemadmodum & ipsum Jus naturale, per se firmum licet & immutabile permaneat, in particularibus tamen nonnunquam circumscribitur. Ita vulgata pacti dotalis cautio est, quâ marito, vel in totum, vel pro parte administratio rerum adimitur, vel facultas inhibetur uxorem obligandi, qui tamen sunt hujus ipsius potestatis, seu naturales, seu civiles effectus, quâ de re suo loco agam pluribus. Cæterùm quod hic libertatis naturalis imminutionem invitâ quæruntur fieri Jurisprudentiâ, non omninò est de nihilo: constat namque, *d. l. Titio* rejici conditionem, tanquam libertati inimicam, quâ jubetur legatarius certo in loco commorari perpetuò. Proinde labi eos non putaverim qui hâc promissione districtè alligari maritum negent, futurum alioquin in ea causa, ut uni terræ, tanquam glebæ adscriptus cogatur ætatem exigere: Scriptores laudat & sequitur Mævius, *ad Jus Lubecens. lib. 1, tit. 5, artic. 10, num. 66.* Aliud tamen haud dubiè de ea promissione dicturus, qua certum aliquem in locum se non migraturum invita uxore spopondit maritus. Illa quippe promissio omninò libertatem tollit: imminuit duntaxat altera: manente hîc

I. An valeat pactum, ne maritus citra consensum uxoris mutet domicilium.

II. An ne certum aliquem in locum migret.

marito integrum, extra illum locum pactis exceptum, sedes collocare, quocunque locorum libuerit. Quid autem si pœnam stipulationi adjecerit uxor, cum loci nimirum patrii affectione ducta eâ lege in matrimonium coïerit, ne abducere eam aliò Jus esset marito, pœnâ, ni pareat, impositâ: cujusmodi fere pactiones interponere amant dotatæ mulieres, cum nubent pauperioribus, de quarum moribus Comicus verè non minùs, quàm festivè.

Nam quæ indotata est, in potestate est viri,
Dotatæ mactant & malo, & damno viros.

Certè fides dotalium instrumentorum, quam sanctè supra pacta quæcunque alia servandam passim docemur, adeo ut favore matrimonii quævis pactiones admittantur, referente Mornaco, *ad l. exigere dotem ff. de judiciis*, à marito exegerit, ut non temere aut frivola de causa mutare domicilium in animum inducat, aut secus si fecerit, pœna, si qua adjecta fuerit, committatur. Justa verò causa noviter emergens, si suaserit migrationem, dicendum videtur contra pactorum verba potiùs quàm contrahentium voluntatem commissurum abeuntem maritum: civiliter namque pactiones hæ sunt exaudiendæ, ut tacite insit hæc exceptio, citra gravem justamque causam; ut puta si maritus ob tyrannidem, adversam valetudinem, soli vel cœli intemperiem demigret. Ita futurum puto, ut nec Jus libertatis infringatur, *contra d. l. 71*, nec temere fides violetur pactorum. Ultra affectionis verò rationem, si intersit præterea mulieris, ne domicilium tranferatur, teneri dixerim maritum ad illud ipsum, quod uxoris sit interfuturum. Unde nec longe abeunt tradita Gomes. *Resolut. tom. 2, cap. 10, num. 24.* De Prætis *de Interpret. ultimar. volunt. lib. 4, num. 1. dub. 8, num. 55*, nequiequam contra scribente Barry, *de Success. lib, 17, tit. 19, sub. num. 1.* Verbi gratiâ, si Ultrajecto concedat in Hollandiam maritus, ubi per loci leges, testamento libera est quævis conjugalis munificentia, quæ extra mutui ususfructûs causam prorsus inhibita est apud Ultrajectinos; aut migret eo loci, ubi marito Jus est distrahendi res soli uxorias, quod apud nostrates frustra conatur illiberis; vel si in loco contracti matrimonii obligandæ uxoris potestatem non habeat maritus, habeat alibi, quo eam sit deducturus: utique libera licet & tum maneat marito domicilii transferendi facultas, præstari tamen cum conveniet uxori, aut ejus hæredibus illud ipsum, quod illorum interfuerit migrationem institutam non fuisse; quando hæc conventio non tam impugnet libertatem, quàm potiùs uxoris respiciat præjudicium, aut utilitatem nubentis; cujusmodi pactiones constat tabulas antenuptiales admittere. Breviter itaque ut omnia repetam, sarta tecta marito conservetur quocunque migrandi libertas, cæterùm tamen citra uxoris fraudem.

III. Quid si pœna sit adjecta pactis, si maritus ea violaverit?

IV. Quid si Ultrajecto concedat maritus in Hollandiam?

V Si inter Hol-

De transferendi domicilii potestate sufficiat quæsiisse, ponatur

nunc illud in percunctando, an & quomodo dubitationes à Statutorum qua personalium, qua realium diversitate emergentes pactis antenuptialibus anteverteris. Et de personalibus quidem sit prima scriptio, nam & hic nos ituros diximus per ordinem Capitum præcedentium. Scripsimus & hunc maritalis potestatis effectum esse, ut obnoxia reddatur mulier æri alieno à marito contracto. Quid igitur si Hollanda dotem sibi salvam fore stipuletur, nexuque se solutam debitorum, quæ maritus contraxerit; quod per mores Hollandorum licere, dummodo & bonis quæsitis renuntiaverit vidua, attestantur Neostad. *de pact. antenupt. observ. 9*, & novissime Groenewegen *ad l. 30*, *C. de Jure dot.* Mutato postmodum domicilio, contrahentes se contulerint Ultrajectum, ibique conflaverit maritus æs alienum. Poteritne uxor, dissoluto per mortem matrimonio, pacti dotalis illius beneficio Trajectinorum creditorum actiones excludere? Non putaverim: separanda quippe causa contrahentium ab ea, quæ creditorum est. A mariti quidem hæredibus indemnem se mulier servari postulans, audienda est, quod & Ultrajecti hæ pactiones inter conjuges ipsorum respectu subsistant, à creditoribus verò se liberatam intendens, non item: non enim apud nos privatis contrahentium stipulationibus fraudem fieri permittimus creditoribus; in quorum favorem in utrumvis ex conjugibus, aut alterutrius hæredes mores nostrates actionem in solidum accommodant, nisi propalam prævio cum Judicis consensu promulgatæ tabulæ, & per progammata in propatulo afflixæ fuerint, de quo fusiùs alibi. Unde dicendum est, licet ex stipulatu hoc connubiali personalis inter contrahentes oriatur actio, quâ ad implenda promissa utrinque tenentur; nequaquam tamen hoc cedere debere in præjudicium, aut dispendium tertii, creditorum, qui pacti inter alios conventi justam obtendant ignorantiam, quibusque satis sit respexisse ad leges loci, ubi domicilium fovet is, quo cum contraxerunt, unde & status personæ ac conditio dirigitur.

landos conveniat, ut mulier dotem salvam habeat, iique postmodum domicilium transtulerint Ultrajectum, an creditoribus, debiti apud nos contracti nomine in uxorem agentibus pactio illa sit nocitura?

Quid operetur ea conventio ipsorum respectu contrahentium, eorumve hæredum?

Succedat propinqua dubitatio. Hollandi patrio in solo, lege supra scriptâ paciscuntur nuptias. Contractum Ultrajecti, quo post demigraverant, æs alienum, utroque conjugum, quâ stipulatione, quâ consuetudine obligato. Reducto postmodum in Hollandiam domicilio, maritus ibidem in fata concedit. Conatur mulier conquæsitorum renuntiatione, ex adductis Hollandorum moribus, abire libera immunisque omni societatis ære alieno, adeoque etiam eo, quod à marito conflatum esset Ultrajecti, ubi per loci legem se non aliter mulier eodem exonerat, quàm si universis cesserit facultatibus, ac ignominioso hoc actu defungatur, ut propalam, eopse tempore cùm funus sit efferendum, domo ante exeat, vestibus induta quotidianis. Speciem quandam propudiosæ bonorum cessionis esse dixeris, quibus & extra Jus More Romanorum cedi potuit, *l. ult. ff. de cessione bonorum*, Pro vidua quæstionem plane consimilem, quin & ubi locus con-

VI. Quid si repetito priori domicilio maritus ibidem diem obierit, num vel tum creditoribus Ultrajectinis obfuta sit pactio?

tracti matrimonii ejusmodi renuntiationem non admiserat, adeoque in terminis fortioribus, Parisiorum terminavit Curia, his quidem, ut apud Chopinum relatum est, *de Morib. Paris. lib. 2, tit. 1, num. 5*, impulsa argumentis. Traductis laribus, traduci quoque in legem novi domicilii mobilia omnia, adeoque & nomina actionesque debitorum: cùmque in bona, onerave communia, uxorum Jus inchoètur à viri demùm decessu, qui rerum interim dominus prædicatur solus, intuendum potiùs videri domicilium, quod extet tempore soluti quàm initi matrimonii. Verùm rationes hæ tanti mihi non sunt, ut eas ausim cum Kinschotio *Respons. 94, num. 4*, in rem meam vertere. Nam quod à morte demùm viri initium sumere uxorium illud Jus Lutetiani Patres existimaverint, contra se res habet: Jus quippe communionis protinùs ab ipsis matrimonii auspiciis ad uxorem maritumque pertinet ex æquo, contractâ jam tum ejusmodi societate, quæ superstite utroque sit in habitu, & alterutrius morte exeat in actum; adeoque respiciendum est ad tempus ac leges matrimonii contracti, ut sciamus quam partem ferat in lucro, quam in damno. Verùm supervacanea est hæc responsio. A communione enim deductum argumentum quæstioni omninò non quadrat. Palam est non profluere à rerum communione, ut mariti contractibus adstringatur uxor, tum quippe vicissim gestis uxoriis teneretur maritus, eo quod utrumque conjugum, Jus communionis respiciat æqualiter, ac præterea vel illud argumento est uxoris obligandæ potestatem à bonorum societate non proficisci, quod hâc pactis exclusâ, potestas maritalis cessaret, cùm tamen constet nos uti alio Jure. Quare tota hæc obligandæ uxoris potestas effectus maritalis imperii, ac Juris administrandi est, ut quæcunque debita maritus constante matrimonio contraxerit, ea tam uxoris quàm suo nomine contraxisse habeatur, ad instar tutoris, recte obligantis eum, quem habet in potestate; quod & *Neostad. attingit de pactis antenuptial. obs. 10, in notis, ibi, ob maritalem, potestatem. Cor. cons. 7, lit. B.* Proinde de quæstione videtur illud dicendum: cùm Ultrajecti, ubi æs illud alienum conflatum est, eâ obligandæ uxoris potestate maritus polluerit, ut debitis à se contractis in perpetuum teneatur uxor, Jus semel creditori quæsitum, per novi territorii leges nequaquam posse convelli; ne mulieribus alioquin via sternatur, quâ semet domicilii translatione conjugalibus debitis evolvant. Etenim illud constat, qui cum alio contrahit, vel esse, vel debere esse non ignarum statûs aut conditionis ejus, utique metiendæ à loco, ubi foveat ille domicilium: nec enim necesse habet creditor respicere ad leges quorumcumque locorum, ubi debitorem aliquando contigerit domicilium instruere, vel animo secum ante peragere, quam ille tandem personæ conditionem sit assumpturus. Et certe cum debitorum pactionibus creditorum petitiones nec tolli, nec imminui sit responsum, *l. 25, de pactis*, quî poterit id effici per migrationem, à solo debitoris animo ac voluntate

VII. Obligandæ uxoris potestas, num communionis sit effectus, an verò Juris maritalis?

voluntate dependentem. Fecit celeberrimæ Curiæ sententia, ut quæstioni nimiùs inhæserim, cujus alioquin veritas, ut mihi quidem videtur, satis est in aperto.

Ex superioribus proclivior erit sequentium controversiarum definitio, quibus licet pactum nullum intercurrat, malui tamen eas, ob decidendæ rationis communitatem, prioribus subjicere, quàm prætermissas suo loco, omninò non ponere. Per mores Hollandorum nullius momenti est inita absque viro auctore obligatio, ut ne quidem à morte viri uxor ex illa teneatur. Per leges verò Ultrajectinorum Jus creditori non redditur constante matrimonio, acturo tamen efficaciter in mulierem, eo dissoluto. Fac nomen apud nos, patrio in solo, sine marito contraxisse mulierem, collocasse postmodum domicilium apud Hollandos, ibique obiisse diem. Dicemusne mulierem Ultrajectini illius creditoris actionem ex novi domicilii lege elisuram, an verò teneri eam legibus nostratibus, ubi & æs alienum contractum, & domicilium erat. Ex modo allato Parisiorum decreto consequens esset dicere, nomina, unà cum persona haberi traducta in novi domicilii legem, ut inspiciendum veniret matrimonii soluti tempus. Verùm quotusquisque non videt iniquam hoc pacto inferri conditionem creditori. Liberrima quidem cuique est domicilii translatio, mutare autem consilium in alterius injuriam non est *l. nemo potest 75. ff. de Reg. Jur.* Plane si novi domicilii assumptio retrahenda foret ad anteriora Jura semel utiliter constituta, tertii dispendio, protinùs à morte viri obæratæ hoc pacto mulieres avolarent in Hollandiam creditores Jure suo defraudatum. Consimiliter dicendum est de eo quod apud nos maritus contraxerit, nimirum non pro dimidia parte teneri mulierem illam ex Jure Hollandico, sed in solidum more Regionis nostratis, ubi & contraxit maritus, & id temporis fovet domicilium.

VIII. Si conjuges Ultrajectini concedant habitatum in Hollandiam, an à morte viri in uxorem agitur efficaciter ejus debiti nomine, quod apud nos contraxit illa, marito inscio.

IX. An, si maritus contraxerit, uxor teneatur duntaxat pro dimidia?

Ex adverso Hollanda conjux, inconsulto quæ contraxit marito, poteritne ea translato apud nos domicilio, conveniri post obitum viri? nequaquam: cùm enim ab initio non constiterit obligatio, tractu temporis, aut domicilii mutatione non convalescet. Quemadmodum enim non adimendum est creditori Jus, quod ante quæsierit, ita quoque absurdum foret acquiri ei actionem, quam priùs non habuisset, cumque responsum sit ab Imperatoribus *in d. l. 25. ff. in pactis*, debitorum pactionibus creditorum pactiones nec tolli nec mutari posse, nec poterit id effici ullâ domicilii translatione, quæ in solius debitoris declaratione tota consistit, ut scripsimus supra.

X. An Hollanda conjux, quæ domi sine viri contraxit autoritate, translato postmodum in ditionem nostratem domicilio, post mortem viri possit conveniri?

CAPUT II.

De Pactis mutato domicilio occurrentibus Juris diversitati circa Statuta mere realia.

SUMMARIUM.

I. *Apud Hollandos licet pactis conventis, quibus pater redimit maternam liberorum hæreditatem, constituere modum succedendi iis ab intestato.*

II. *An valeat ibidem pactio, quâ convenit, ut materna linea proximi, non pater pupillo, succederent?*

III. *Quid si interposito pacto demigraverit pater Uitrajectum, ibique pupillus moriatur, an succedetur ei ex pacto, an ab intestato juxta morem nostratem?*

IV. *Quid si nostras se habitatum contulerit ut Hollandiam, an convalescet inutiliter apud nos interposita pactio?*

V. *Quid si nostras proficiscatur in Hollandiam, ibique super successione paciscatur?*

VI. *Illicitum domi reditum, stipulans foris, ubi talis reditus frequentatur, nùm sit frustra?*

VII. *Apud nos sors una cum usuris exigitur, si alibi contracta sit obligatio, ubi eo Jure utuntur.*

VIII. *Pactitia communio nùm comprehendat lucrum statutarium?*

A Personalibus Statutis progrediamur ad realia: cujusmodi ea esse diximus, quibus modus constituitur succedendi ab intestato. Quomodo autem pactis introducatur alius à patrio succedendi modus, jam aperuimus. Illud hoc Capite quærendum est, an domicilii mutatio Juris aliquam mutationem pactis invexerit. Si utrobique locorum eadem pacta frequententur, non video, qui quæstioni poterit esse locus. Quare sit ejusmodi species oportet, quâ diversa de pacti validitate constituunt relicti, assumptique domicilii leges. Exemplum nobis suppeditavit causa nuper apud nos in Curia ventilata, cujus & alibi mentionem fecimus, nam multas ea lis inspectiones habuit. Apud Hollandos patrem pupilli inter & ejusdem tutores, pactis illis conventis, quibus certâ summâ maternam hæreditatem redimunt patres, licet constituere, quem succedendi ordinem decedens ab intestato pupillus sit habiturus; haud aliter atque idem ordo pactis introducitur antenuptialibus: quod eâ ratione receptum notat Grotius in Manuductione, ut permoverentur patres summam eo ampliorem liberis

I. Apud Hollandos licet pactis conventis, quibus pater redimit maternam liberorum hæreditatem, constituere modum succeden-

erogare, quod Jus succedendi ab intestato sibi pepigerint, nec ea res pupillis est fraudi, liberam testandi facultatem retinentibus; quæ tamen viri magni ratio si valeret, nullius momenti foret in proposito stipulatio, utpote qua convenerat, ut maternæ lineæ proximi, non pater, pupillo hæredes essent, adeoque non in commodum, sed in detrimentum pupilli cederet è converso ejusmodi interposita stipulatio. Verùm cùm politica Hollandorum ordinatio non utatur eâ ratione, sed generaliter ratum esse sancit quicumque tandem ordo succedendi ab intestato tabulis illis redemptionis constituatur; magis visum est Curiæ ad Grotianæ rationis normam causæ decisionem non oportere exigi. Itaque illud duntaxat in allata quæstione remansit, quod ad præsens caput facit. Cùm pupilli illius pater interposito pacto demigraverit Ultrajectum citra fraudem, propterea quod apud nos sibi faciliùs agendi commoditas esset, ac more nostrate pupillo hæres ab intestato in bonis sibi jam acquisitis pactis illis non detur, quemadmodum & Jure civili de tertii hæreditate non consentiente illo, frustra pepigeris, num domicilii translatio pactum super successione apud Hollandos rite interpositum, poterit convellere: quod omninò negandum arbitramur. Quamvis enim videri possit attendendas esse leges loci, ubi pupillus decessit, ut videatur an aliquis sit vocatus ad ejus hæreditatem (de mobilibus loquor) adeoque pactum illud Hollandicum non debere obesse iis, qui per legem domicilii sint successuri, cùm tamen substiterint illa pacta, viresque sumpserint ab ipso interpositionis initio ad instar conventionum aliarum, quæ collatæ sunt in tempus mortis, contra quam in ultimis obtinet voluntatibus, vires ante non capientibus quàm testator obierit, omninò dicendum est solâ patris migratione non irritari conventionem ante legitime initam: eo magis, quod ne vel expressâ contrariæ voluntatis interpositione revocare valeat pater, aut dissolvere pactum cum aliis initum; multo minùs id effecerit solâ duntaxat migratione, detrimento aliorum, qui secum contraxerant. Per contrarium, si dissoluto apud nos matrimonio pater superstes ejusmodi pactum interposuerit Ultrajecti, & postmodum domicilium transtulerit in Hollandiam, ac pupillus illic apud se decesserit, sustinebiturne pactum? non videtur: cùm enim illud ab initio non tenuerit, quî poterit solâ migratione, aut tractu temporis convalescere? hoc namque constat, utilis an inutilis sit stipulatio, metiendum esse à legibus loci contractûs. Burgund. *tract. 4, num. 10.* Quid igitur si conjuges apud nos habitaverint, alterque eorum ibidem devixerit, pater autem ejusmodi pactum cum liberorum tutoribus celebratum iverit in Hollandia, validumne illud erit, eo quod stipulatio regatur à loco contractûs? Utique quoad personas contrahentium, patrem inter & tutores, qui apud Hollandos contraxerunt, non autem si tempore mortis pupilli existant alii, quos lex successionis ad hæreditatem vocaverit: licet enim

di iis ab intestato.

II. An valeat ibidem pactio, quâ convenit ut maternæ lineæ proximi, non pater, pupillo succederet?

III. Quid si interposito pacto demigraverit pater Ultrajectum, ibique pupillus moriatur, an succedetur ei ex pacto, an ab intestato juxta morem nostratem?

IV. Quid si nostras se habitatum contulerit in Hollandiam an convalescet inutiliter apud nos interposita pactio?

V. Quid si nostras proficiscatur in Hollandiam, ibique super successione paciscatur?

apud noſtrates is modus obligandi non frequentetur, ſuffecerit tamen ubicunque adeſſe perſonæ capacitatem ad obligationem, contrahentis reſpectu, roborandam : ſtatus quidem aut conditio perſonarum dirigitur à loco domicilii : cæterùm tamen in vinculo cujuſque obligationis, ut ſciamus, quos obliget conventio, ſpectamus leges regionis, ubi illa celebratur, idem *d. tract. 4, num. 8.* Quemadmodum & in illicita ſtipulatione quæ legibus eſt interdicta, ut puta; ſi debitum modum uſurarum excedit, traditum eſt valere pactum, quo foris ſecundùm mores illius regionis ſtipulati ſumus prohibitam domi uſurarum quantitatem *dicto num. 19.* Unde non longe abire videtur, quod memini nuper apud nos reſponſum eſſe, ſi contracta ſit eo loci obligatio, ubi ſortem liceat exigere cum uſuris, ut maxime jam earum aliquæ eſſent perſolutæ, Jure caput cum uſuris & apud nos exigi, ubi uſurarum ſolutione protinùs via petitioni ſortis præcluditur, locumque ſibi vindicat decantata adeo paroemia. . . . . Hæc ita de bonis mobilibus. In immobilibus perpetuum eſt, ut ſpectemus leges rei ſitæ. Ita Hollandi fruſtra fuerint, ejuſmodi pactum de rebus interponentes Ultrajectinis. Noſtrates verò, de rebus in Hollandorum ſolo ſitis, non item. Cum enim res ſoli in ſuccedendo legem accipiant à loco ubi conſtitutæ ſunt, non poterit hæredibus pupillo ſucceſſuris præjudicium aliquod inferri pacto aliquo in loco rei ſitæ non frequentato : ſequimur quidem quoad formam aut ſolemnitatem actus, etiam in rebus immobilibus, leges loci ubi conficitur, ſed ut ille ipſe actus in univerſum quoad ipſam ſubſtantiam aut materiam, in loco rei ſitæ non frequentatus, aut validus alibi celebratus, ſubſiſtat, nulla ratio efficit : quemadmodum & eam teſtandi formam, aut ſolemnitatem ſuffecerit adhibuiſſe, quam requiſiverit locus, ubi ſuprema contigerit ordinare : non tamen propterea teſtationem valere dixeris, de rebus ſitis in Geldria, teſtationem in univerſum de iis non agnoſcentibus : ut latiùs adſtruximus alibi.

VI. Illicitum domi reditum, ſtipulans foris ubi talis frequentatur, num ſit fruſtra.

VII. Apud nos ſors una cum uſuris exigitur, ſi alibi contracta ſit obligatio, ubi eo Jure utuntur.

Retulimus *tit. 2, part. 2, cap. 4, num. 6,* lucrum ſuppellectilis patriâ lege tributum conjugum ſuperſtiti, præcipi videri Jure quodam ſucceſſionis aut legati legalis : unde non inconveniens erit quæſtionem eo ſpectantem huic capiti potiùs ſubjicere, quàm rurſus ad eum referre locum qui tractat de Statutis concernentibus actûs ſubſtantiam. Fac Friſium coïre in nuptias cum conjuge Ultrajectina, ſtipulatâ utrinque pro moribus uxorii loci bonorum communione, deinde demigraſſe conjuges in Hollandiam, maritumque ibidem occumbere. Quæritur, cum & illud Ultrajectinâ ordinatione cautum ſit, ut cedant ſuperſtiti res quædam mobiles, num ablatura ſit eas mulier ex patriis Trajectinorum conſtitutionibus? Judicatio in eo eſt. Num pacta illa ſecundum mores noſtrates communione veniat & ea ſuppellex, quæ conjugum ſuperſtiti præcipui Jure apud noſtrates defertur, Chopinus *ad leges Andegavenſes, lib. 3, tit. 2, num. 16,* profert in quæſtionem conſimilem unius litis duo decreta, alterum Vindiciarium, quo ſuc-

VIII. Pactitia communio num comprehendat lucrum ſtatutarium?

cubuit vidua, definitivum alterum, quo obtinuit : & quidem laudat ille arrestum, duplicique communit argumento, primo ex eo quod communionis expressa pactio includat & statutarium superstitis lucrum, deinde quod lucrum hoc à dubio reciprocæ spei dependeat eventu, qui invidiam omnem à tali emolumento amoliatur. Verùm, an non contra sit dicendum, saltem apud nostrates, videamus. Nam quod de ancipiti eventu profert vir doctus, ad rem non pertinet: quippe in eo non est quæstio, lucrativa ex causa proficiscatur hoc emolumenti genus, an ex onerosa, ut propterea vel magis vel minus habeatur favorabile. Verùm in eo cardo vertitur, utrùm communionis illa stipulatio complexa sit & mobilium lucrum, viduæ alioquin ex domicilii moribus non adjudicandum. Quod ego longe rectius negaverim, quàm pro palmario argumento affirmative produxit Chopinus. Duo quippe singularia distinctaque plane sunt, rerum inter conjuges communio, & lucrum quorumdam mobilium superstiti debitum, ut hæ duæ causæ lucrativæ, citra expressam stipulationem, non veniant commiscendæ. Postremò apud nos communioni conjunctum non esse lucrum illud statutarium vel inde palam est, quod cedat superstiti, ut maxime foret exclusa connubialis inter conjuges societas; eoque Jure utimur quotidie, compluribus Curiæ nostræ arrestis combato. Quod argumento est lucrum illud nihil habere commune, cum rerum inter conjuges communicatione. Proinde fiduciarium decretum prius, antestare definitivo posteriori non periclitor dicere : quemadmodum hodieque contingit, ut sententiæ bene latæ reformentur in pejus.

CAPUT III.

De Pactis versantibus circa solemnitatem actûs, domicilio mutato.

PACTIS privatorum non posse derogari Juri publico seu formæ, aut solemnitati per leges ad actûs cujusque confectionem adhibendæ, parte superiori explicavimus. Quemadmodum & à nobis Titulo præcedente traditum est, formam semel legitime in celebratione actûs observatam non labefactari, translato eo loci domicilio, ubi illa forma non agnoscitur. Unde consequens est dicere locum non dari controversiis ullis quà quæreretur, utrùm pacto possit occurri diversitati Juris, quæ circa solemnitatem actûs per domicilii mutationem excitaretur: quare properamus ad Caput sequens.

CAPUT IV.

De Pactis occurrentibus Juris diversitati, mutato domicilio circa actûs substantiam.

PACTA conventa personalium Statutorum diversitati occurrentia, ita demùm rata esse diximus, si admiserint ea leges territorii, cui persona cum contrahit, aut alienat, per domicilium est supposita. Realium Statutorum diversa ratio est, ut ita demùm connubialis eorumdem sustineatur derogatoria conventio, si leges loci rei sitæ pactorum validitati non repugnent. Quid autem si pactis Hollandorum antenuptialibus comprehensum sit licere: quandocumque libuerit conjugi constante matrimonio, conferre liberalitatem in alterum, ac post eos transmigrasse Ultrajectum, ubi vetita est vel per ultimam voluntatem conjugalis munificentia, ibique scriptis semet invicem hæredibus, alterum eorum decessisse. Validane erit hæc dispositio quoad res mobiles? (immobiles enim dijudicari lege loci ubi constitutæ sunt ante disseruimus.) Non videtur: cùm enim actus lege nullus sit, quî poterit vi pacti alicujus sustineri. Pendet quippe quæstionis definitio ex eo quod diximus supra, paria esse fieri aliquid tempore prohibito, & conferri in tempus prohibitum, nec ullam omninò Juris mutationem inducit hîc domicilii mutatio. Sed quid si in Hollandia peracta gratificatio, conjuxque collocato apud nos domicilio vitâ functus fuerit? Ne hanc quidem liberalitatem valere dixerim; cùm enim tempus obitûs inspiciendum sit, ut videatur an conjuges donationis inter sese capaces sint, utique pactio illa liberalitatem non sustinebit: ad actûs enim substantiam formamque juxta pertinet quod diximus, neminem posse facere ne leges in testamento suo locum habeant.

FINIS.

AVIS.

RODENBURGH a employé dans son Traité quelques maximes & passages, qu'il cite en Langue Hollandoise. Comme ces passages & maximes n'éclaircissent point les questions proposées par l'Auteur, on a cru devoir les supprimer. D'ailleurs peu de personnes en France les entendroient, & ceux même à qui cette Langue est familiere, n'en tireroient pas un avantage réel, ni de grandes lumieres.

INDEX

INDEX

Rerum quæ in hoc Rodemburgii Tractatu continentur.

A.

B.

C.

D.

E.

G.

H.

J.

L.

M.

N.

P.

R.

S.

T.

U.

V.

FINIS.

MONITUM.

Menda quædam irrepſerunt in hujuſce textum Operis, dum Typis mandaretur; ſed cùm leviſſima ſint ut plurimùm, lector quiſquis Rodemburgium legendo, poterit aſſequi latinè ſcribentem, hæc ipſa menda, non operosè quidèm, expunget.

Errata du ſecond Volume.

Page 104, ligne 28, *à Pariſienſi, ſive*, liſez, *à Pariſienſi Cive.*
Ibid, ligne 38, *ſecundùm*, liſez, *ſecundum.*
477, ligne 33, *permiſſæ*, liſez, *permiſſas.*
488, ligne 39, *ſpectent*, liſez, *ſpectant.*
495, ligne 16, *ſit*, liſez, *ſit.*

Nota. S'il y a quelques autres fautes d'impreſſion, elles ſont légeres, & le Lecteur voudra bien les corriger.

APPROBATION.

J'AI lu par ordre de Monseigneur le Vice-Chancelier, un Manuscrit intitulé, *Traité de la personnalité & de la réalité des Loix, Coutumes ou Statuts, par forme d'Observations, sur le petit Traité latin de Rodenburgh, concernant cette matiere, par* Me. LOUIS BOULLENOIS, *Avocat au Parlement*; & j'ai trouvé que cet Ouvrage, dont l'Auteur est déja très-connu, ne peut être que fort utile au Public. A Paris, ce 17 Février 1766.

CADET DE SAINEVILLE.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE : A nos amés & féaux Conseillers les Gens tenants nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conseil, Prévôt de Paris, Baillis, Sénéchaux, leurs Lieutenants Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra, SALUT. Notre amé le sieur BOULLENOIS, Fils, Nous a fait exposer qu'il désireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre : *Traité de la personnalité & de la réalité des Loix, Coutumes ou Statuts, par forme d'Observations, sur le petit Traité latin de Rodenburgh, concernant cette matiere, par* Me. LOUIS BOULLENOIS, *Avocat*; s'il Nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Exposant, Nous lui avons permis & permettons par ces Présentes, de faire réimprimer ledit Ouvrage, autant de fois que bon lui semblera, & de le faire vendre & débiter par tout notre Royaume, pendant le temps de *neuf années* consécutives, à compter du jour de la date des Présentes. Faisons défenses à tous Imprimeurs, Libraires & autres personnes, de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire de réimpression étrangere dans aucun lieu de notre obéissance; comme aussi de faire réimprimer, vendre, faire vendre, débiter, ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun extrait, sous quelque prétexte que ce puisse être, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiscation des exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenants, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Exposant ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts, à la charge que ces Présentes seront enrégistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que la réimpression dudit Ouvrage sera faite dans notre Royaume, & non ailleurs, en bon papier & beaux caracteres, conformément à la feuille imprimée, attachée pour modele, sous le contre-scel des Présentes; que l'Impétrant se conformera en tout aux Réglements de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725; qu'avant de l'exposer en vente, l'imprimé qui aura servi de copie à la réimpression dudit Ouvrage, sera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier de France le sieur DE LAMOIGNON, & qu'il en sera ensuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, un dans celle dudit sieur DE LAMOIGNON, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier Vice-Chancelier & Garde des Sceaux de France, le sieur DE MAUPEOU; le tout à peine de nullité des Présentes. Du contenu desquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Exposant & ses ayants-causes, pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empê-

chement. Voulons qu'à la copie des Présentes, qui sera imprimée tout au long au commencement, ou à la fin dudit Ouvrage, soit tenue pour duement signifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conseillers, Secrétaires, foi soit ajoutée comme à l'original. Commandons au premier notre Huissier ou Sergent, sur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles, tous Actes requis & nécessaires, sans demander autre permission, & nonobstant clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires. CAR tel est notre plaisir. DONNÉ à Paris, le vingt-sixieme jour du mois de Mars, l'an de grace mil sept cent soixante-six, & de notre Regne le cinquante-unieme. Par le Roi en son Conseil.

LE BEGUE.

Registré sur le Registre XVI de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 508, fol. 450, conformément au Réglement de 1723, qui fait défenses, article 41, à toutes personnes, de quelques qualités & conditions qu'elles soient, autres que les Libraires & Imprimeurs, de vendre, débiter, faire afficher aucuns livres, pour les vendre en leurs noms, soit qu'ils s'en disent les Auteurs ou autrement; & à la charge de fournir à la susdite Chambre, neuf Exemplaires prescrits par l'article 108 du même Réglement. A Paris, ce 4 Avril 1766.

LE BRETON, *Syndic.*